

NOTWENDIGKEIT UND
EINFÜHRUNGSMÖGLICHKEITEN
DES TRUST IN
CONTINENTALEN RECHTSSYSTEMEN

von

ARCHIE J. ALLEN

1961

NOTWENDIGKEIT UND EINFÜHRUNGSMÖGLICHKEITEN

D E S T R U S T

IN CONTINENTALEN RECHTSSYSTEMEN

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung der Doktorwürde

EINER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

der Ludwig-Maximilians-Universität zu München



vorgelegt von

Archie J. Allen

1961



Referent: Professor Murad F e r i d
Correferent: Professor Eugen U l m e r
Tag der mündlichen Prüfung: 18. Juli 1961.

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Einleitung	5
----------------------	---

I. KAPITEL

Anerkennung des Trusts und seiner Wirksamkeit und Geltung.

A. Verständnis für den Trust bei Juristen, die nicht dem angelsächsischen Rechtskreis angehören	9
B. Anerkennung der Lücken im eigenen Recht	14
C. Trustwachstum und Gebrauch in Common Law Ländern	19

II. KAPITEL

Hinderungsgründe für die Aufnahme des Trust in das Gesetzesrecht.

A. Begriff der Unteilbarkeit des Eigentums.	
1. Römisches Recht	25
2. Mittelalterliches Recht	29
3. Code Napoléon	32
4. Zivilrecht	35
B. Grundsatz gegen die Unveräußerlichkeit von Eigentum	38
C. Publizitätsprinzip (Publicité)	44
D. Numerus Clausus	49
E. § 137 BGB	54
F. Légitime - Pflichtteil	57
G. Probleme der Gerichtsverwaltung und Aufsicht	60
H. Sozialismus und Furcht vor fremden Begriffen	62

III. KAPITEL

Analoge Zivilrechtsinstitutionen.

A. Deutschland

1. Treuhand	68
a. Die auflösende Bedingung	70
b. Ermächtigung und Formallegitimation	74
2. Die Fiducia	79
3. Positives Recht	85
a. Testamentsvollstrecker	86
b. Vorerbe und Nacherbe	89
c. Nachlassverwalter	90
d. Konkursverwalter	90
e. Vormund	91
f. Kommissionär	91

B. Frankreich

1. Fondation (Stiftung)	95
2. Prête-nom	98
3. Fiducia	100
4. Fidei-commisum	102
5. Usufruit (Niessbrauch-ususfructus)	104
6. Donation ou legs avec charge	107
7. Emphyteusis	109
8. Tutelle (Tutela)	110
9. Mandat (Auftrag)	112

C. Andere Länder des Zivilrechts

1. Die Schweiz	117
2. Italien	121
3. Spanien	121

IV. KAPITEL

Rezeption des Trust durch Länder, die nicht dem angelsächsischen Rechtskreis angehören.

A. Zivilrechtsordnungen, die den Trust anwenden.

1. Schottland	126
2. Provinz Quebec in Kanada	127
3. Südafrika	129
4. Ceylon	130
5. Der Staat Louisiana, U.S.A.	131
6. Liechtenstein	133
7. Panama	134
8. Puerto Rico	136
9. Mexiko	137
10. El Salvador	139
11. Andere lateinamerikanische Länder	140
12. Japan	141

B. Die Beseitigung der Hindernisse des Gesetzesrechts 142

C. Ergebnisse der Annahme des Trust 148

V. KAPITEL

Vorschläge und Schluss.

A. Deutschland	154
B. Die Schweiz	158
C. Frankreich	159

Einleitung

Der Trust, der schon formlose Wurzeln im lombardischen Recht, dem Recht der Franken und greifbarer noch im salischen Salman ¹⁾ hat, erschien erstmalig in England im 14. Jahrhundert als "use". Ursprünglich wurde er ausgiebig von Franziskaner- und Dominikanermönchen angewandt; dann entwickelte sich der "use" unter dem Schutz, der anfangs des 15. Jahrhunderts ²⁾ gewährt wurde, des englischen Billigkeitsrechts (Equity), reifte, überstand die Krise von 1535, aus der er umgetauft als Trust hervorging. Amerika hat wesentlich zur Verbesserung des Trust beigetragen, und zwar dadurch, dass es ihm eine grössere und mächtigere Reichweite verlieh.

In den vergangenen 65 Jahren hat die Institution Interesse und gleicherweise Bestätigung unter den Zivilrechtlern hervorgerufen, was man der internationalen politischen und wirtschaftlichen Lage und der natürlichen Anziehungskraft des Trusts zuschreiben kann. Aussprüche wie die von Lewin: "Nach den Worten eines alten Rechtsgelehrten waren Betrug und Furcht die Eltern und ein Gewissenstribunal die Amme des Trusts ³⁾,

1) A. Schultze, Die Langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, herausgegeben von O. Gierke, Breslau 1895, S. 37;

O. Holmes, Early English Equity, 1 Law Quarterly Review, London 1885, S. 162 ff: "The feoffee to uses of the early English law corresponds point by point to the Salman of the early German Law

2) E. Jenks, A Short History of English Law, London 1912, S. 97.

3) Lewin, Practical Treatise on the Law of Trusts, 13 th Ed., von Banks, London 1928, S. 2, zitiert von Att. Gen. V. Sands, Hard. 491.

und die bei Wisdom: "Für den streng logischen zivilrechtlichen Sinn können, abgesehen von der Anzahl von Engeln, die auf einer Nadelspitze tanzen mögen, nicht zwei Personen gleichzeitig dieselbe Spitze einnehmen, und es kann keine zwei Inhaber des gleichen Eigentums nach Gesetz und nach Billigkeit geben"¹⁾, sollten den "Common Law" Juristen Verständnis dafür aufbringen lassen, wenn er die Anstrengungen der Kollegen des Zivilrechts bei dem Versuch betrachtet, den Trust zu assimilieren, analysieren, und vielleicht zu begreifen. Die Bemühungen der Juristen des Zivilrechts, den rätselhaften, wenn nicht sogar unbestimmten²⁾ Kern des Trusts zu erfassen, zeigt die entsprechende Menge von Schriften, die von Juristen des Zivilrechts verfasst wurden. Es spricht also gleicherweise für die universale Anziehungskraft des Trusts, dass ein derartiges Interesse an den Tag gelegt wurde.

Die Erkenntnis von der Wirksamkeit des Trusts, seiner unbegrenzten Biegsamkeit³⁾ und gleichzeitigen Einfachheit ist von vielen Lehrern des Zivilrechts dargelegt worden.

1) J. Wisdom, A Trust Code in the Civil Law Based on the Restatement and Uniform Trust Act: The Louisiana Estates Act, 13 Tulane L. Rev., New Orleans 1938, S. 70; siehe F. Maitland, "Equity" A Course of Lectures, Cambridge 1930, 2nd Ed., S. 23.

2) F. Bacon, The Reading upon the Statute of Uses, in the works of Francis Bacon, London 1859, Bd. 7, Ed. von Spedding, Ellis and Heath, S. 398: The Nature of a use (Trust), is best discerned by considering, first, what it is not.

3) G. Bogert, Handbook of the Law of Trusts, St. Paul 1942, S. 205: The purpose for which Trusts of real and personal property may be created in England and the majority of American states are limited only by the imagination of the creators of such Trusts.

(Es wäre naiv, die ausserordentliche Anziehungskraft, welche die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Trusts für das Rechtsdenken haben, zu unterschätzen.) Warum preisen die festländischen Juristen fast einstimmig die Wirksamkeit und Elastizität des Trusts und erklären sie dennoch als unaufnehmbar in das Zivilrecht?

Die nachfolgende Abhandlung erörtert nicht speziell die Einheiten des Rechts in personam, des Rechts in rem, noch die des billigkeitsrechtlichen und dinglichesrechtlichen Eigentums, noch berücksichtigt sie speziell die Geschichte oder die Definition des Trusts (das ist für sich schon eine vieldiskutierte Streitfrage)¹⁾, ob sie express, implied, constructive, resulting oder charitable sei, noch widmet sie den Beziehungen von settlor, trustee und beneficiary und ihren entsprechenden Rechten, Haftungen, Pflichten oder Rechtsmitteln besonderen Raum, noch bestimmt sie ihre Darstellung im Internationalen Privatrecht; in der Überzeugung, dass derartige Betrachtungen schon von bedeutenderen und besser qualifizierten Erforschern des Trusts angestellt wurden.²⁾ Der Verfasser behauptet, dass der

1) W. Hart, The Place of Trust in Jurisprudence, Law Quarterly Review, London 1912, S. 290.

2) Ein Blick in die Bibliographie könnte denjenigen, die diesen Betrachtungen nachgehen wollen, weite Quellen eröffnen. Besonders zu empfehlen sind die von L. Söldner, die Behandlung des Anglo-Amerikanischen Trust im internationalen Privatrecht, München 1954; W. Siebert, das Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg in Hessen 1933; H. Roth, der Trust in seinem Entwicklungsgang von Feoffee zu Uses zur amerikanischen Trust-Company, Marburg in Hessen 1928.

Erforscher des Internationalen Privatrechts die notwendige Kenntnis des Trusts und seiner Anwendungsmöglichkeiten hat, so dass ein solches Unterfangen vollkommen überflüssig würde.

Die Dissertation betont kurz das Interesse und die Anerkennung, die vom Zivilrecht gezeigt wird, wägt die Hinderungsgründe für eine Annahme (oder Rezeption) der Treuhand ab, analysiert dann vergleichbare Institutionen der grossen Länder des Gesetzesrechts, weist auf solche Länder und Instanzen hin, wo der Trust übernommen wurde und schliesst mit einer entscheidenden Meinung ab.

Es gibt weder im Gesetzesrecht noch im "Common Law" einen Ausdruck, der den Trust übersetzen, ersetzen oder schildern könnte. Da das der Fall ist, wird kein anderes Wort gebraucht werden, wenn der Trust gemeint ist. ¹⁾ Es hat sich die Notwendigkeit ergeben, dass Trust, Trustee, Settlor, Beneficiary und cestui que trust als unübersetzbare Fremdworte angenommen wurden und das mit Recht. ²⁾

1) H.Meyer, Trusts and Swiss Law, 1 International Comparative Law Quarterly, London 1952, S.2: The Treuhänder should never be translated as "trustee", but rather as fiduciary.

2) F.Gubler, Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Institutes der angelsächsischen Treuhand (Trust) Verhandlungen der Schweizerischen Juristenvereine 1954, S. 290: Alle Versuche, Trust mit Ausdrücken des festländischen Gesetzesrechts zu erklären, müssen scheitern.

Die Ausdrücke: Zivilrecht, Zivilrechtsländer, Gesetzrecht, Gesetzrechtsländer werden in der nachfolgenden Arbeit oft angetroffen.

Diese Ausdrücke wurden angenommen, obwohl ihnen eine exakte Übersetzung für "Civil Law" fehlt, welches vom Common Law benutzt wird, wenn es sich hauptsächlich auf das continentale Recht bezieht, in der Hoffnung, dass der Leser die enthaltenen Schwierigkeiten versteht, die einerseits durch die Rechtsprache gegeben sind, andererseits einen übermässigen Wortschwall verlangen, um "Civil Law" genau zu übersetzen und zu schildern.

A n e r k e n n u n g d e s T r u s t s u n d s e i n e r W i r k s a m k e i t u n d G e l t u n g .

I. K a p i t e l

A. Verständnis für den Trust bei Juristen, die nicht dem angelsächsischen Rechtskreis angehören.

Es ist schon immer bemerkt worden, dass der Trust für den Zivilrechtler den überraschendsten Teil des anglo-amerikanischen Rechts ausmacht.¹⁾ Das ist durch die Anzahl hervorragender Zivilrechtler, die umfangreiche und umfassende Werke zu diesem Thema beigetragen haben, wohl bezeugt. Frankreich, und nicht weniger das Common Law sind in der Tat glücklich daran, besonders, da sie Lepaulles gelehrte und anregende Werke haben.²⁾ Italiens Sr. Franceschelli hat ein eindringliches Buch von beträchtlicher Länge über den Trust geschrieben.³⁾ Die Deutschen Siebert und Roth haben ausgedehnte Bücher von Einsicht und Rang verfasst.⁴⁾ Die Schweizer Weiser und Gubler schufen ebenfalls Werke, die fraglos international anerkannt sind.⁵⁾ (Die oben erwähnten sind die bekanntesten Schriftsteller, aber diese Liste ist nicht erschöpfend). Männer von solcher Bedeutung würden ihr

1) P. Lepaulle, An Outsiders Viewpoint of the Nature of Trusts, 14 Cornell L. Quar., Ithaca 1928, S. 52.

2) Insbesondere, P. Lepaulle, Traité théorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international, Paris 1932.

3) R. Franceschelli, Il Trust Nel Diritto Inglese, Padova 1935.

4) W. Siebert, a.a.O.; Roth, a.a.O.

5) F. Weiser, Trust on the Continent of Europe, London 1936; F. Gubler, a.a.O., Passim.

Talent und ihre Zeit nicht auf ein Gebiet konzentrieren, das nur von polemischem und metaphysischem Interesse wäre. Die Achtung vor dem Trust durchdringt ihre Werke, ob sie nun für deren direkte Übernahme oder für trustähnliche in Einklang mit dem Zivilrecht stehende Institutionen sind. "Eine vergleichende Heranziehung des englisch-amerikanischen Trusts lohnt sich. Denn dort findet sich nicht nur eine riesenhafte erwachsene Anwendungsmöglichkeit des Trusts, sondern auch eine feine juristische Ausbildung der hierfür gültigen Rechtsregeln, ohne die die gewaltige Ausdehnung garnicht möglich gewesen wäre." 1)

Wahrscheinlich findet keine Eigenschaft des Trusts so grosse Anerkennung wie gerade seine Elastizität. Der Trust ist ein so biegsames Instrument, dass er seinen Weg in viele andere Institutionen findet, wie sein Gebrauch zeigt. 2)

1) H. Zimmermann, Die sachenrechtlichen Beziehungen in der rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte, Leipzig 1930, S. 10.

2) H. Batiffol, The Trust Problems as seen by a French Lawyer, 33rd Journal of Comparative Legislation and International Law, London 1951, S. 22.

Die Zwecke, für die der Trust geschaffen werden kann, sind anerkanntermassen unbegrenzt. ¹⁾

Jedoch die überwältigende Anziehungskraft der wirtschaftlichen Möglichkeiten des Trusts nicht anerkennen, (z.B. der corporate Trust der modernen amerikanischen Praxis) hiesse ausseracht lassen, was in Wirklichkeit seine hauptsächlichste Anziehungskraft in den Augen des bürgerlichen Rechts ist. "Es werden immer wieder Versuche gemacht, den Trust nachzuahmen, weil die angloamerikanische Auffassung den Erfordernissen des modernen wirtschaftlichen Lebens entgegenkommt." ²⁾ Wenige, die sich mit der Sache beschäftigen,

1) R.Alfaro, 1 Inter-American Bar Ass. Report, Havana 1941, S. 273: Creation of the trust may have for its object the payment of the debts of the settlor, and the sale of his property for that purpose; the post mortum execution of his legacies and devices; the administration of an industry or privilege; the liquidation of mortgages and other incumbrances with funds provided by industrial or commercial gains, income or interest; the preservation of future property; the payment of annuities or pensions; the protection of fiduciary property of a woman against the administration of a husband; the conservation of real property for specified public interests; the protection and administration of the properties of a spendthrift; the issuance, sale, distribution, and collection of mortgage bonds for the account of a business partnership or of an public or private corporation; the investment of the funds and the collection of its income and interest. In fact, the purpose of a Trust may be any those operations for whose success, security, and protection it is useful or necessary to have the intervention of a fiduciary whose credit, experience, and probity constitute a positive guarantee: und geäussert wieder bei der Versammlung zu Rio de Janeiro, 1943.

2) G. Gautschi, Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1955.

werden nicht mit der vorangegangenen Feststellung übereinstimmen.¹⁾ Gerade bei den amerikanischen Trust Companies ist ja nachgewiesen worden, dass sie neben ihrem Treuhandgeschäft in weitestem Masse Bank- und Spekulationsgeschäfte betreiben dürfen und dies auch tun, viel mehr als die deutsche Treuhandgesellschaft.²⁾ Sie muss versuchen, im geltenden Rechtssystem die äquivalente Form zu finden, die der angelsächsischen Rechtskonstruktion (Trust) entspricht.³⁾

Es wäre nicht angemessen, wollte man fortfahren, ohne die deutschen Bemühungen um den Trust und die Hoffnung auf eine genaue, massgebliche Darstellung an dieser Stelle nachdrücklich zu betonen. Dieses Land (Deutschland) ist in der Tat der Hauptkampfplatz für miteinander streitende Meinungen und der fast ausschliessliche Schauplatz für verzweifelte Anstrengungen, treuhandähnliche Gebilde zu schaffen und zu rechtfertigen.⁴⁾ Diese Betrachtung beschränkt sich auf das kontinentale Schlachtfeld, und es besteht wenig Anlass, an ihrer Richtigkeit zu zweifeln. Die deutschen Schriftsteller schätzen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Trusts und sind fast ausnahmslos für die Schaffung trustähnlicher Einrichtungen. Genauer gesagt, sie sind für die Schaffung trustähnlicher Befugnisse und Wirkungen in schon bestehenden deutschen Rechtseinrichtungen, vornehmlich der Treuhand. Als

1) A. Drucker, Trusts on the Continent of Europe, International Comparative Law Quarterly, London 1955, S. 552.

2) W. Nachod, Treuhänder und Treuhandgesellschaft in Grossbritannien, Amerika und Deutschland, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Tübingen 1926, S. 107.

3) H. Zimmermann, a.a.O. 56.

4) F. Weiser, a.a.O. 15.

Institution des deutschen Privatrechts existiert der Treuhänder ebenso lange wie in England. "Aber aus Gründen wirtschaftlicher und rechtlicher Natur, die noch weiterhin zu erörtern sind, hat sich das Treuhandwesen in Deutschland bisher noch nicht zu der gewaltigen Ausdehnung aufschwingen können, die es in England und Amerika erreicht hat. " 1)

Obgleich die Möglichkeiten der Trustgeschäfte von hauptsächlichem Interesse sind, wurden weitere bedeutsame Punkte nicht ausser acht gelassen. Der Trust hat seinen Ursprung ebenso wie Treuhand, Salman, Affatomie, Gairethinx und Fidei-Commissum in dem allgemeinen Wunsch des Menschen, über sein Eigentum gemäss seinen eigenen Wünschen zu verfügen, und in der Vorliebe, Vertrauen in den Freund, eine zuverlässige Person, zu setzen.²⁾ Der Trust hat diese Aufgabe zu einer beispiellosen Wirksamkeit gebracht, während die anderen Institutionen nicht fähig waren, den Forderungen der Zeit nachzukommen. Diese Entwicklung tritt besonders bei der Möglichkeit der Wahrung des Familienvermögens durch den Trust hervor. Dadurch, dass er, der Trust, ein vortreffliches Mittel zur dauernden Wahrung des Familienvermögens bilden kann, wirkt er in hohem Grade als ein erhaltener Faktor des sozialen Lebens. "Er, der Trust, gewährleistet ein sicheres Familienleben und standesgemässe Erziehung der Kinder. Seine, des Trusts, Bedeutung ist ebenso sehr eine soziale wie eine rein ökonomische".³⁾

1) W.Nachod, a.a.O. 88.

2) F.Gubler, a.a.O. 229 a und 230a: Dieses Rechtsgebilde ist weder römisch noch germanisch noch angelsächsisch, sondern es entspricht einem allgemein menschlichen Bedürfnis. Es ist nachgewiesen, daß die alten Ägypter die Treuhand kannten. Treuhandfälle im altgriechischen und altarabischen Recht solche, aus 500 v.Chr. sind in Japan entdeckt worden. Es wird angenommen, daß die englische Treuhand, die eine bewunderungswürdige Ausgestaltung durch die Jahrhunderte hin gefunden hat, und im englischen und im amerikanischen Rechtsleben eine Bedeutung erlangt hat...

3) W. Nachod, a.a.O. 41 .

B. Anerkennung der Lücken im eigenen Recht.

Die Unzulänglichkeit des Gesetzesrechts hinsichtlich der Durchführung von Trustfunktionen, das Erlangen von Trustergebnissen und das Erzielen von Trustzwecken ist nicht nur eine Eigenheit des Gesetzesrechts, sondern ist auch in den individuellen Auffassungen und Anwendungen der nationalen Einrichtungen eines jeden Landes zu finden. Ein grosser Teil der Zivilrechtler ist sich über diese Lücke im klaren. Alfaro hat bewiesen, dass es kein direktes Äquivalent und keinen generellen Ersatz für den Trust im Gesetzesrecht gibt. "Unseren Zivilrechtseinrichtungen fehlt es an Dehnbarkeit; jede einzelne folgt einer strengen, begrenzten und genauen Auffassung. Sie schafft gewisse Rechte und legt gewisse Pflichten auf; diese und jene müssen genau der Art des abgeschlossenen Vertrages entsprechen. Fehlt diese Übereinstimmung, laufen diese Rechte und Pflichten Gefahr, ihre Wirksamkeit zu verlieren".¹⁾ Die Absicht besteht an dieser Stelle nicht darin, die einzelnen Zivilrechtseinrichtungen zu behandeln,²⁾ sondern die Wirklichkeit zu spiegeln, dass nicht eine Institution des Zivilrechts für die Zwecke angewandt werden kann, welche der anglo-amerikanische Trust zu erfüllen vermag. Für den Zivilrechtsgelehrten ist es notwendig, genau und sorgfältig die bestehenden Gebilde und Einrichtungen zu studieren und hier mit peinlicher Genauigkeit eine Wahl zu treffen;³⁾ obwohl ein solcher Versuch gewisse Zwecke befriedigt, ersetzt er den Trust doch keineswegs.

1) R. Alfaro, El Nuevo Fideicomiso, Panama 1921.

2) hierüber s.u.S. 67 ff.

3) L. Vilella, The Problem of Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions. The Law of Trust in Puerto Rico, 19th Tulane L.Rev., New Orleans 1945, S. 374.

Keine gesetzliche Einrichtung weist grössere Ähnlichkeit mit dem Trust auf, als die deutsche Treuhand. Die Tatsache des gemeinsamen Ursprungs ¹⁾, und dass die germanischen Rechtseinrichtungen und rechtlichen Gedanken im Gewohnheitsrecht ihre Grundlagen hatten, sind die entscheidenden Elemente. Sei dem, wie es wolle, es steht fest: Das gegenwärtige deutsche Recht stellt der Praxis nicht gerade die handlichsten Werkzeuge zur Verfügung, der Treuhand ein zweckentsprechendes juristisches Gehäuse zu zimmern; als Geschäftstyp wird die Treuhand immer darunter zu leiden haben, dass ihr das deutsche Recht eine eigene juristische Form versagt. ³⁾ Da setzte in neuerer Zeit eine Bezugnahme auf das englisch-amerikanische Recht des Trusts ein, in dem der Begünstigte die dringliche Rechtsstellung zu haben schien, die man als Zielpunkt für deutsche Rechtssprechung erstrebte. ⁴⁾ Mit dieser Feststellung ist der Kern des Problems erfasst. Wie die Stellung des Begünstigten zu verdinglichen, zu gestalten ist, darin liegt eben die Schwierigkeit des Trustproblems in den nicht angelsächsischen Ländern. Ein Problem, das in England dergestalt niemals entstehen konnte, weil es den elastischen Begriff vom Gewissen als dem Erzeuger rechtmässiger Beziehungen leicht und gesetzlich gelöst hat. ⁵⁾

1) Vgl. oben S.5 Anm. 1.

2) R. Pound, The Spirit of the Common Law, Concord N.H. 1921, S.14.

3) Vgl. H. Roth, a.a.O. 296.

4) H. Zimmermann, a.a.O. 10.

5) F. Weiser, a.a.O. 7; man darf nicht vergessen, dass er nur die kontinental-europäischen Länder betrachtete und hier offensichtlich Liechtenstein ausschloss.

Weder die Unzulänglichkeiten der deutschen Treuhand noch die der französischen Rechtseinrichtungen werden berücksichtigt; das Gesetzesrecht gibt zu, dass sie bestehen. Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte haben in romanischen Rechtskreisen, namentlich dem französischen und italienischen Recht, allerdings bei weitem nicht die wissenschaftliche Durchdringung und Ausbildung erfahren wie in der deutschen Wissenschaft und Praxis. "Die Ursache dieser gewiss bemerkenswerten Tatsache ist wohl darin zu suchen, daß noch heute die fiducia im romanischen Recht ein geduldetes Dasein führt, dass man ihr misstrauisch gegenübersteht und nur allzu geneigt ist, sie als Scheingeschäft anzusehen."¹⁾ Der englisch-amerikanische Trust ist ein Treuhandverhältnis im germanischen Sinne, das heisst, der Trustee ist nicht nur obligatorisch wie der Fiduziar bei der römischen Fiducia zur Innehaltung des Bestellungs zweckes, also zur Wahrung aller Interessen des Benefiziars gebunden, sondern die Zweckbeschränkung wirkt gegen Dritte, und bei "breach of trust" kann gegen denjenigen, welcher unter Verletzung des Trust zweckes das betreute Vermögensstück erworben hat, mit Erfolg vorgegangen werden.²⁾ Es hängt dies wieder wesentlich mit der Eigenart des constructive Trust zusammen, der ohne Schwierigkeit jeden Gegenstand, von dem es die Billigkeit

1) W. Siebert, a.a.O. 38.

2) E. Heymann, Trust and Trustee Company im Deutschen Rechtsverkehr, Festschrift für H. Brunner, Weimar 1910, S. 486.

verlangt, zum Trustgut stempeln kann.¹⁾ Wo unter dem anglo-amerikanischen Trustrecht ein "constructive Trust" auftritt, bleibt das Zivilrechtssystem hilflos.²⁾

Die Schweiz scheint noch weniger trustähnliche Rechtserichtungen zu haben. Der Rechtsbegriff Fiduzia bezeichnet im schweizerischen Recht einen Begriff, der abgegrenzt ist und nur bestimmte Funktionen erfüllt.³⁾ Mit beissendem Spott sagt Weiser: "In keinem anderen Land als in der Schweiz besteht ein so grosser Widerspruch zwischen dem überreichlichen Lippendienst, der dem Ausdruck "Treuhänder" und "Treuhand" erwiesen wird, und den kärglichen Spuren eines ernsthaften Versuches, irgendetwas zu erreichen, das man wirklich als trustähnlich bezeichnen könnte, weder in der Praxis noch in der Theorie."⁴⁾

Eine kürzlich erschienene französische Abhandlung zeigt, "der französische Jurist kann keine Universitäten, Krankenhäuser und andere soziale Einrichtungen besuchen (in Grossbritannien und den U.S.A.), die wegen der Trusteinrichtung blühen, ohne dabei mit seinem eigenen Land zu vergleichen

1) W. Siebert, a.a.O. 76.

2) E. Schwenk, Highlights of a Comparative Study of the Common and Civil Law Systems, 33rd North Carolina L.Rev., Chapel Hill 1955, S. 39.

3) F. Gubler, a.a.O. 467.

4) F. Weiser, a.a.O. 45; Besondere Aufmerksamkeit sollte man auf die Ausführungen Hubers, Gublers, Gautschis und Meyers in der Schweiz lenken, die kürzlich wichtige Arbeiten über den Trust beigetragen haben.

und ein Gefühl des Neides zu haben." 1) "Trusteinrichtungen sind bewunderungswürdig angepasst worden, um bemerkenswerten Mängeln, die sonst in unserem Rechtssystem existieren abzuhelpfen, und können zur Ergänzung äusserst nützlicher und wünschenswerter Funktionen in einer Weise benutzt werden, für die es keinen Ersatz gibt." 2)

1) 1 Arminjon-Nolde-Wolff, Traité de droit comparé, Paris 1950, S. 363: Le juriste français qui voyage en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis ne peut visiter les universités, les hôpitaux, les hospices et tant d'oeuvres sociales si libres et si prospères, grâce à ce Mécanisme, sans penser à son pays éprouver, en faisant sa comparaison, un sentiment d'envie; siehe auch dazu J. Mayda, Trusts and the Living Law in Europe, U. of Pennsylvania L. Rev., Philadelphia Juni 1955, S. 1053.

2) O'Quin, Our Trust Estates and their Limitations, 22nd Tulane L. Rev. 1948, S. 592; Es muss daran erinnert werden, dass Louisiana der einzige Staat in Amerika ist, in dem ein Zivilrecht (d.h. ein Restsystem nach der Code Civil und nicht nach dem Common Law) in Kraft ist, und O'Quin ein Zivilrechtsanwalt ist.

C. Trustwachstum und Gebrauch in "Common Law" Ländern.

Die Anwendung des Trust in "Common Law" Ländern hat in den letzten fünfzig Jahren ein so ausserordentliches Wachstum erlebt, insbesondere in der Zeit nach dem letzten Krieg, dass man die potentielle Anziehungskraft auf die Wirtschaft für die Zivilrechtsländer nicht übersehen sollte. Man sollte auch nicht die Gelegenheit verpassen, die Zivilrechtsjuristen über die unermessliche Entwicklung und die wirtschaftliche Bedeutung des Trusts zu informieren. Der Zweck dieses Abschnittes ist nicht, die wirtschaftlichen Fähigkeiten des Trusts darzustellen, sondern die wesentliche Rolle, die die Institution in den Wirtschaften der "Common Law" Länder besitzt, und die schnelle Steigerung seines Gebrauches zu demonstrieren. Das Wachstum des Trustgeschäfts im "Common Law" ist eine so erstaunliche Entwicklung gewesen, dass es eine besondere Betrachtung fordert, wenn auch bloß cursorisch.

Am Anfang muss man die eigenen Beschränkungen und Schwierigkeiten erkennen, die beim Versuch, ein wahres Bild der Trustbetriebsamkeit zu formulieren oder zu errichten, vorhanden sind. ¹⁾ Es ist unmöglich, in den "Common Law" Ländern die Menge der bestehenden Trusts oder die enthaltene Kapitalsumme festzustellen, ohne auf kalkulierte Vermutungen zu verfallen. Dies kann zum einen der Tatsache zugeschrieben werden, dass Trusts im "Common Law" nicht eingetragen werden müssen, zum anderen am Mangel an Trustliteratur oder Truststatistiken, obgleich das sich allmählich verbessert. Der einzige Bereich,

1) R.Patton, Trust Systems, a.a.O. 404; G.Stephenson a.a.O. 36; Kein einziges "Common Law" Land hat befriedigende Trust-Statistiken.

der ziemlich genaue Statistiken oder Trustliteratur erhält, ist der von Trustgesellschaften oder Körperschaften, die mit Trustgeschäften beschäftigt sind.

Es muss betont werden, dass der grösste Teil des Aggregates, der Menge und Aktivposten, die im Trust enthalten sind, von individuellen Trustees verwaltet werden.¹⁾ Aber es gibt, wenn überhaupt, wenige, die als Trustee hauptberuflich tätig sind. Deshalb sind Statistiken und Informationen über individuelle Trustees unmöglich zu bekommen. Es findet sich nur im Bereich von Trustgeschäfts-Institutionen, dass spezielles Material vorhanden ist.

Jedes Land, das unter das "Common Law" fällt, führt einen Trust.²⁾ Es ist nicht das Ziel dieses Abschnittes, das Trustgeschäft per se widerzuspiegeln oder zu betrachten; um die Länge dieses Abschnittes zu verringern, sind drei Länder des "Common Law" ausgewählt worden, die zum Aufbau eines allgemeinen Bildes von Trustbetriebsamkeit und Wachstum im "Common-Law" mitwirken sollen.

England stellt ein unfruchtbares Gebiet dar für den, der Truststatistiken sucht.³⁾ Ausser dem Public Trustee, 1908 eingeführt und vielleicht die grösste Trust-Institution in England, der als Staatsbeamter einen jährlichen Bericht einreichen muss, sammelt die Regierung keine Trustinformationen, wie man es in Amerika oder insbesondere in Kanada findet.

1) G. Stephenson, a.a.O. 201 und 63.

2) A.a.O. 24, bezeichnet die folgenden Länder als "Common Law" Rechtsordnungen, England, Wales, Schottland, Irland, Kanada, Neuseeland, Australien, Südafrika, Indien, Südrhodesien, Hongkong, Bermudas, West-Indien, Brit.Guayana, Brit.Honduras und Lalaya.

3) A.a.O. 117.

Der englische Public Trustee hat seit seiner Begründung 49,637 Trusts akzeptiert, von welchen 15,449 mit einem Wert von £ 224.006.828 im Jahre 1960 aktiv waren.¹⁾ Wenn irgendein Merkmal von Trustentwicklung in England bemerkenswert ist, dann ist es die Übernahme der Verbreitung des Trustgeschäfts durch die Banken, (besonders der grossen Fünf) gegenüber dem Public Trustee. Wie gesagt, Truststatistiken in England sind sehr vereinzelt. Dies erfordert dann eine direkte Bitte an die einzelnen Institutionen um befriedigende Informationen.

Um eine der grössten Bank Institution Englands zu zitieren und diese als Kriterium anzuwenden, Lloyd's Bank Limited, hatte 1939 - 6.500 Trusts unter Verwaltung, mit einem Gesamtwert von £ 70 Millionen.²⁾ 1960 hatte Lloyds 24.000 Trusts mit einem Gesamtwert von etwa £ 300 Millionen unter Verwaltung, und da 1939 9 Zweigstellen das Trustgeschäft getätigt hatten, ist es 1960 auf 32 Zweigstellen ausgedehnt worden. Alle diese Beweise zeigen scheinbar eine Fortdauer dieses aussergewöhnlichen, aber ständigen Wachstums.

Das Wachstum des Trustgeschäfts in Kanada kann, obwohl dies nicht genau zu beweisen ist, auf 1882 zurückgeführt werden. Aber richtiges Volumenwachstum ist eine Entwicklung der letzten fünfzig Jahre.

1) Fifty-Second Annual Report of the Public Trustee 1959-60, London, S.2; Länder, die Public Trust Ämter haben sind: England und Wales, Neuseeland, Australien, Indien, Burma, brit.Guayana, Ceylon und Nigeria.

2) Mr. J.D. Dyer von Lloyd's Bank Limited, war so freundlich, Informationen zu erteilen.

Kanada hat mehr als alle anderen Länder beim Sammeln und Veröffentlichen von verfügbaren Truststatistiken getan. Trotzdem ist diese Bemühung unvollkommen und an Normierung mangelhaft.¹⁾ Verfügbare Statistiken zeigen, dass Trustgesellschaften in Kanada 1931, Trustaktiva im Wert von \$ 2.177.646.644 gemeldet haben. 1938 hat sich diese Summe auf \$ 2.582.791.675 vermehrt. Die gesamten Trustaktiva, von Trustgesellschaften gehalten, sind von 1951 mit einem Wert von \$ 4,2 Milliarden bis zum Jahre 1958 auf \$ 7,2 Milliarden angestiegen. Die letzten verfügbaren Zahlen sind über das Jahr 1959, und zeigen total Aktiva von \$ 7,9 Milliarden.²⁾

Bestimmte Elemente des Kanadischen Trustgeschäfts sind, (1) die Entwicklung von Trust-Zweigstellen, während kleine und unproduktive Büros ihre Geschäftsräume schliessen müssen, und (2) Verdichtungen von Trustgeschäften in einzelnen Trustgesellschaften, die jedoch keine Abteilungen der Banken sind, und (3) Vermehrung von Kanadischen Trustgesellschafts-Aktiva mit einer schnelleren Entwicklung als der des Sozialprodukts.³⁾

1) G.Stephenson, a.a.O. 255; Mr. Stephenson hat, durch die grosszügige Erteilung von Unterlagen, im besonderen für diesen spezifizierten Abschnitt und auch für die Arbeit im allgemeinen, wesentlich beigetragen.

2) Report on the Trust Business in Canada (reprinted from the pages of the Monetary Times), Toronto 1960.

3) A.a.O.: It is expected that assets under administration of Canadian trust Companies should continue to increase at a faster pace than the Gross National Product. From 1954 to 1959, the former increased by 59 percent while the latter only increased by about 40 percent.

Die Aussicht in Kanada für ein weiteres Trustgeschäftswachstum ist ermutigend.

In Amerika wurde die erste Trustgesellschaft im Jahre 1822 gegründet. 1896 betrug die Anzahl bereits 63, und 1939 gab es 2.800 Trustgeschäftsinstitutionen.¹⁾ Trust Statistiken gibt es in Amerika auch wenige, aber erneute Bemühungen berechtigen zu neuen Hoffnungen. Trusts, die von Trustabteilungen der Nationalen Banken verwaltet wurden, betrugen nach Comptroller's Schätzungen im Jahre 1939 \$ 9.768.726.724. 1958 betrugen die Aktiva einen Wert von \$ 49 Milliarden an persönlichen Trustkonten, die in Trustgesellschaften und in Trustabteilungen der Banken der Vereinigten Staaten deponiert waren. 1959 ist die Summe auf die erstaunliche Zahl von \$ 57 Milliarden gestiegen.²⁾

Sehr beachtlich ist, dass diese Summe nur Trust Aktiva darstellt, die von Trustabteilungen der Banken und Trustgesellschaften in Amerika verwaltet werden. Sie schliesst nicht die Trust Aktiva von individuellen Trustees ein, die von Trustexperten als noch bedeutend über die Summe der von Banken verwalteten Aktiva hinausgehend, bezeichnet werden. Trust-Experten, z.B. A. Scott, sind davon überzeugt, dass die Gesamtsumme der Werte, die von den Trusts in Amerika gehalten werden, sich in 12-stelligen Zahlen ausdrücken würden.

1) R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 404; G. Stephenson, a.a.O. 545 ff.

2) J. Wolfe, Report of National Survey of Personal Trust Accounts, 1960 New York.

Ein Rechtsbegriff, wie der des Trusts, der ein solch ausserordentliches, ununterbrochenes Wachstum in seinem Gebrauch und seiner Anwendung verwirklichen konnte und der eine solch kritische und dynamische Position in Wirtschaftssystemen des "Common Law" genießt, verdient sicherlich intensive Beachtung, verschiedentlich sogar Verwunderung und Neid von Seiten der Zivilrechts-Juristen. Besonders, da das Zivilrecht noch mehr direkten Kontakt mit diesen Institutionen erlebt.¹⁾ "Das schnelle Wachstum der grossen Anzahl von Trusts, und die Gesamtmenge von Trusts Aktiva ist eine der wichtigsten Aspekte der zeitgenössischen Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte gewesen."²⁾

1) L. Bates, Common Law Express Trusts in French Law, 40 Yale L. Journal, New Haven 1930, S. 34; E. Heymann, Trust and Trustee, a.a.O. 473; K. Bloch, der anglo-amerikanische Trust und seine Behandlung im internationalen Privatrecht, Schweizer Juristenzeitung, 46. Jahrgang, Heft 5, Zürich 1950, S. 73.

2) R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 404; es ist beachtenswert, dass R. Patton diese Aussage schon 1944 gemacht hat vor dem riesigen Wachstum, das für die folgenden Jahre bezeichnend war und sogar bis heute noch weit übertroffen worden ist.

II. Hinderungsgründe für die Aufnahme des Trusts in das "Civil Law".

Die vorangehenden Abschnitte haben sich bemüht, die anerkannte Achtung, Bewunderung und sogar das Verlangen nach der Trustinstitution des Zivilrechtlers aufzuweisen: Die Erkenntnis, dass gewisse zivilrechtliche Unzulänglichkeiten wirksam durch den Trust behoben worden sind; die Beobachtung des beispiellosen Wachstums der Institution im In- und Ausland. Was hat dann das auffallende Fehlen des Trusts in den Ländern verursacht, die ein Bollwerk des "Civil Law" (Gesetzesrechts) darstellen? Welches sind die unüberwindbaren Widerstände des "Civil Law"?

A. Begriff der Unteilbarkeit des Eigentums.

1. Römisches Recht.

Fraglos ist der erste und hauptsächlichste Hinderungsgrund für die Aufnahme des Trust in das "Civil Law" (Gesetzesrecht) der oft wiederholte grundlegende Widerspruch zwischen englischem Eigentumsrecht und seiner Teilung in gesetzliches und Billigkeitsrecht und der behauptete römische Grundsatz von der Unteilbarkeit des Eigentums. Diese oberste Voraussetzung, dass die römische zivilrechtliche Überlieferung keine Teilung der Ansprüche auf eine bestimmte Sache unter verschiedenen Personen zu gleicher Zeit zulässt, ist von der Entwicklung widerlegt worden.¹⁾

1) V. Bolgár, Why No Trusts in the Civil Law, 2 The American Journal of Comparative Law, Baltimore 1953, S. 204.

Ungeachtet des Zeitraums, auf den man sich in der Geschichte des römischen Rechts konzentrierte, besteht ein eindeutiger Beweis für Rechtsinstitutionen, die eine Verdoppelung der Eigentumsrechte zeigen. Auf dem vorgeschichtlichen Schauplatz römischer Rechtsentwicklung waren die Ländereien im Gemeinbesitz der gentes.¹⁾ Dieses gemeinsame Eigentumsrecht der gentes bestand die Zeit der Könige über. Jedoch das gemeinsame Eigentumsrecht konnte man weiterhin leicht in den vielen Institutionen und in den Schriften römischer Juristen erkennen. Gaius stellt gemeinsames Eigentumsrecht an Sklaven und Teilung des Eigentumsrechts im allgemeinen fest.²⁾

In der Tat kann das Corpus Iuris von Justinian nicht per se als die einzige, letzte und endgültige Feststellung des Rechts gelten, die wegen ihrer Elastizität, Zweckentsprechung und Fähigkeit, den sozialen Bedürfnissen der Zeit zu entsprechen, gerühmt wird. Das ist auf dem Gebiet der Eigentumsrechte offenkundig. Das ius quiritium war ursprünglich die einzige Art von dominium, die vom ius civile anerkannt wurde. Dann verursachte das Anwachsen der Zahl und gleichzeitig der Macht der plebs das Erscheinen des ius honorarium und seine Entwicklung durch die geschmeidigen praetorischen Rechtsmittel. Das endgültige Ergebnis war, dass dem Vermögensbesitzer, dem tatsächlichen

1) R. Sohm, The Institutes, übersetzt von J.C. Ledlie, London and New York 1901, S. 36.

2) V. Bolgar, a.a.O. 205; Gai, Institutiones Iuris Romani, eddit P. Novellis, Romae Apud H. Loescher et Socios, 1514, S. 12, I. 54: Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium ... ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit ... und S. 52, II. 40: ... sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere; siehe Die Gaianischen Institutionen-Commentarien, übersetzt von F. Beckhaus, Bonn 1857, S. 13 f. und 61.

Eigentümer durch eine Vielzahl von Rechtsmitteln Schutz gewährt wurde; z.B. die *actio publiciana*, Besitzverbote und kurze Perioden der *usucapio*, gegen den *quiritarischen* Eigentümer, der jetzt den Nachteil hatte, dass seine Rechtstitel geprüft wurden.

Die Entwicklung der Begriffe *dominium* und *posessio* gestatteten auch eine Teilung der Eigentumsrechte in *rem*.

Die klassische Zeit betrachtete das Eigentumsrecht nachdrücklich als absolutes Recht, das nicht beschränkt werden durfte. Diese Gipfelära¹⁾ der Erkenntnis enthüllt jedoch eindringliche Beispiele von Gegebenheiten, die durch die gesetzlichen und billigen Interessen eines Trust erstaunlich ähnlich sehende Methoden gelöst wurden.²⁾ Die *dos* und die Streitfrage darüber, wem das abgesonderte Vermögen der Ehefrau gehört, ist ein solches Beispiel. Das *peculium castrense*, das Sondervermögen eines Sohnes innerhalb des Vermögens des *paterfamilias*, deutet auch auf ein doppeltes Eigentumsrecht hin, in dem der Sohn ausschliessliche Verwaltungsbefugnisse und der *paterfamilias* latente Erbschaftsrechte hatte.

Die Fälle des Besitzers auf Kündigung (*precario rogans*), des Besitzers aufgrund einer langen oder dauernden Pacht (*Emphyteuta*), oder des früheren Besitzers von Gemeindeland (*ager vectigalis*) und des Besitzers öffentlicher Ländereien (*ager publicus*) wurden sicher mit Rechten ausgestattet, welche die eines blossen Pächters überstiegen.³⁾ Dies sind weitere Beispiele

1) Moderne vom römischen Recht hergeleitete Systeme scheinen diese Leidenschaft für den Begriff zu teilen.

2) Buckland-McNair, *Roman Law and Common Law*, 2nd Ed., von F.H. Lawson, Cambridge 1952, S. 82.

3) A.a.O.83.

aus der klassischen Zeit, die durch eine Teilung des Eigentums erklärt werden.

Die dazwischenliegende Zeit bis Justinian (ungefähr von 240 - 530), oder wie sie Levy beschrieben hat, die Ausdehnung des römischen Rechts,¹⁾ verursachte grundlegende Änderungen in den wirtschaftlichen, kulturellen, religiösen und politischen Bedingungen des Lebens. Das klassische Interesse für gesetzliche Formen, Tradition und scharfe rechtliche Unterscheidung litten schwer in dieser Zeit, besonders in den Provinzen.

Jura in re aliena, servitus, ususfructus wurden als Abarten des dominium betrachtet, das den Begriff des ausschließlichen Rechts verlor. Emphyteusis, collegium und bona materna wurden alle mehrheitsgebundenes Eigentum, d.h. ein Nebeneinander von Eigentumsrechten.²⁾

Gesetzliche und innere Beziehungen zwischen fideicommissum, fiducia und legatum per damnationem schlossen das gesetzliche Eigentumsrecht des Fiduziars und das Billigkeitsinteresse des Begünstigten ein. (Das fideicommissum weist eine entschiedene Ähnlichkeit mit dem Trust auf).³⁾ Dieses Billigkeits-Eigentumsrecht wurde als eine in personam Verpflichtung des Fiduziars gegen den Begünstigten, die auf dies gegründet war, betrachtet. Zusätzlich sicherte ein recht kompliziertes System von Rechten an Vermögenswerten des Fiduziars und di actiones famosae, die im Falle eines Verstosses Ehrverlust und Verlust des Bürgerrechts in sich schlossen, eine Verbundenheit mit dem Trust.⁴⁾

1) E. Levy, West Roman Vulgar Law, The law of Property, Philadelphia 1951, passim.

2) a.a.O. 67.

3) Besonders mit dem Charitable Trust.

4) V. Bolgár, a.a.O. 207.

Die theoretischen Probleme innerhalb der römischen Gesetzgebung des 4. und 5. Jahrhunderts und gewissen Abschnitten der Digesten wurden von den Glossatoren und Bartolus dadurch gelöst, dass sie zu einer Lehre von dominium directum und einem dominium utile gelangten.¹⁾

"Zusammenfassend scheint es, dass in der eigentlichen Natur des römischen Rechts kein Grund vorlag, die Einführung des Trusts zu verhindern, wäre hier irgendein praktisches Erfordernis für diese Institution gewesen!"²⁾

2. M i t t e l a l t e r l i c h e s R e c h t .

In direktem Gegensatz zum römischen Recht, d.h. wie es von Justinian zusammengestellt worden war, was im Grunde eine Wiedergabe der Schriften klassischer Juristen war, gestattete das mittelalterliche Recht eine Mehrheit von Eigentumsrechten an einem Stück Land. Diese Abstufung von verschiedenen Eigentumsrechten übereinander war der gesetzliche Ausdruck der mannigfaltigen Besitzverhältnisse an Boden, die dem Mittelalter und dem Feudalsystem eigentümlich waren. Das traf sowohl für England und Frankreich als auch für Deutschland zu.³⁾

"Kenner der altgermanischen Rechte haben in dem Doppeleigentum des Treuhänders und Begünstigten eine Parallele zum Ober- und Untereigentum, das zwischen Lehnsherrn und Vasallen bestand,

1) Darüber E. Levy, a.a.O. 68.

2) Buckland-McNair, a.a.O. 179 u.auch 177, 178 behandelt die römischen Rechtstechniken. Sie gestattet einen bemerkenswerten Vergleich mit der Befugnis des Begünstigten über die anstelle des ursprünglichen Treuguts tretenden Gegenstände und mit der Erwähnung eines Sondervermögens, das von den persönlichen Vermögensgegenständen des Treuhänders getrennt gehalten wird.

3) Vgl. R. Hübner, A History of Germanic Private Law, übersetzt von F. Philbrick, London 1918, S. 188-9.

erblicken wollen... Die Lehre vom geteilten Eigentum bietet für den nach rein germanischen Rechtsbegriffen urteilenden Juristen wenig Schwierigkeiten." ¹⁾

Im Recht der einzelnen Territorien tauchen auch mannigfaltige Eigentumsrechte neben- oder übereinander auf, jedesmal wenn Ländereien als frei vererbliche Güter auf Lebenszeit oder auf Jahre verpachtet wurden; oder wenn Rechte auf Lebensrenten geschaffen oder Vermögen von Mündeln an Vormünder gegeben wurden, etc. ²⁾ Eine lebendige legendenhafte Illustration hierfür ist die fränkische "Affatomie", wobei jemand, der aus Mangel an erbberechtigten Verwandten einen Erben bestimmen wollte, sein Eigentum einem Treuhänder anvertraute und ihm das Eigentumsrecht zu dem Zweck übertrug, dass er es dem erwähnten Erben nach dem Tode des Erblassers übertragen solle. ³⁾

1) H. Zimmermann, a.a.O. 56; O. Gierke, Sachenrecht, S. 369: Dass Mehreren gleichzeitig Eigentum an der Sache zustehe, einem jeden für sich ein vollständiges und ihnen zusammen vollständiges Eigentum, war mit dem deutschen Eigentumsbegriff so gut vereinbar, wie das nicht minder häufige Zusammenbestehen von gegenwärtigem und anwartschaftlichem Eigentum; E. Heymann, a.a.O. 490-1: ... ergibt sich schon daraus, daß wir im Laufe des 19. Jahrhunderts mit dem heimischen Gebilde des geteilten Eigentums ganz ebenso verfahren sind. Auch im Fall des deutschen Ober- oder Untereigentums handelt es sich um eine Duplizität des Eigentums, die freilich nicht gerade in dem Gegensatz von Volks- und Königsrecht wurzelt. Vielmehr tritt hier dem volksrechtlichen, (Ober-), Eigentum ein hofrechtliches, lehnsrechtliches etc. gegenüber: Die Verschiedenartigkeit der Rechtskreise erzeugt bekanntlich die Anschauung von der Mehrheit verschiedenartigen Vollrechts an derselben Sache, und die mittelalterliche Gewerelehre rechtfertigte diese Auffassung, da die mehrfachen übereinanderstehenden Geweren als gleichartige, nur qualitativ verschieden dingliche Herrschaftsrechte erscheinen; siehe S. 491 ff. über Verzweigungen im modernen deutschen Recht.

2) R. Hübner, a.a.O. 189.

3) Ein Institut gleicher Natur war das lombardische "thinx" oder "gaerethinx".

Viele Juristen betrachten den Trust als einen Abkömmling der fränkischen "Affatomie".¹⁾ E. Heymann²⁾ hat die Entwicklung der Verdoppelung des Eigentumsrechts im Common Law als eine Verkettung des augenscheinlichen Unterschieds in der fränkischen Zeit zwischen Volksrecht und Königsrecht dargestellt, wie es sodann im Gefolge der Normannen nach England kam und schliesslich seinen endgültigen Höhepunkt durch den Court of Chancery erfuhr.

Die Rechtseinrichtungen des Salmann, die man in ihrer älteren Form in der "Affatomie" und dem "gairethinx" findet, wurde vom germanischen Recht schon lange vor 1100 angewandt und gilt unbestritten als Vorfahre des frühen englischen use.³⁾ So war die Teilung, wenn nicht gar die Vervielfältigung des Eigentumsrechts früher der festländischen und insbesondere der teutonischen Auffassung nicht fremd.⁴⁾

Das feudale Eigentumssystem des Mittelalters - wo die Hauptform des Eigentumsrechts, die an Land, in ständig wechselnder Reihenfolge von Gütern in ein und derselben Hand, alle herausgeschnitten aus dem endgültigen Eigentum des Herrschers, geteilt war - war dem gesetzlichen und Billigkeitseigentum des Common Law ähnlich.⁵⁾ Folglich scheint es wenig Zweck zu

1) S.o.S. 5 Anm.1; J. Ames, 'The Origin of Uses and Trusts, 21 Harvard L.Rev., Cambridge 1908, S.261 ff.

2) E. Heymann, a.a.O. 488, 494.

3) S.o.S. 30 Anm.3; E.Kemplin, die amerikanischen Trust, archiv für Burgler Recht, Berlin 1893, S. 336: So ist auch das Institut der Salmann von den germanischen Stämmen nach Britannien verpflanzt.

4) F. Weiser, a.a.O. 3.

5) V. Bolgár, a.a.O. 207.

haben, die Zeit des frühen Rechts weiter zu verfolgen, da die äusserst überzeugende Anwendung der Teilung des Eigentumsrechts allgemein anerkannt ist.

3. C o d e N a p o l é o n .

Die im Mittelalter geltende Abweichung von der Auffassung autonomen und unteilbaren Eigentumsrechts erfuhr eine starke Umgestaltung in der Form des Code Napoléon. Der Grundsatz vom absoluten Eigentumsrecht hat sein Fundament hauptsächlich in dem römischen Recht Justinians. Deutschland hat sich mit der Rezeption dieser Maxime vollkommen angeschlossen, lange bevor die französische Revolution stattfand. Jedoch der Eigentumsrechtsbegriff des modernen Zivilrechts und seine Überbetonung der individuellen Interessen über die der Gesellschaft, die dem römischen Recht zugeschrieben wurde, ist mehr unmittelbares Ergebnis der Ideen der französischen Revolution.¹⁾

Höchster Ausdruck der Lehre von der Unteilbarkeit des Eigentumsrechts sind das Corpus Iuris Civilis Justinians und der Code Civil Napoléons. Jenes ist eine Sammlung von vorherrschenden Meinungen der klassischen Juristen und dieser die gesetzliche Verkörperung der leitenden Theorie der französischen Revolution.

Ernsthafte Bewunderung für die römische Zivilisation wurde in vielen Erneuerungen des öffentlichen und politischen Lebens in Frankreich sichtbar im Anschluss an die französische Revolution, insbesondere in der napoleonischen Ära. Dies war besonders deutlich erkennbar an der Achtung, die dem

1) Vgl. R. Hübner, a.a.O. 231.

römischen Recht gezollt wurde, das, verbunden mit den Hauptgedanken der französischen Revolution, zu einer überragenden Stellung des absoluten Begriffes vom Eigentumsrecht führte.

Folglich findet man das materielle Ergebnis davon in Artikel 544 ¹⁾ des Code Napoléon. Damit suchte er die Ziele der Revolution zu festigen und schloss bemerkenswerterweise die Abschaffung der feudalen Lasten des ancien régime mit ein. Ungeachtet des Ansehens, das dem Code Napoléon wegen der klaren Logik seiner rechtlichen Analysen und seines Beitrags zur theoretischen Verfeinerung des modernen Gesetzesrechts geschuldet wird, hat sich die Tatsache, dass er der gewöhnlichen Rechtsentwicklung übereinfachte und autokratische Regeln auferlegte, sowohl nachteilig wie vorteilhaft erwiesen. ²⁾

Das trifft auch für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und seine Ablehnung des wahren germanischen Begriffs vom geteilten Eigentumsrecht zu. ³⁾ Es ist hier sehr geraten, die zunächst von O. Gierke ⁴⁾ und dann von V. Bolgár ⁵⁾ und J. Mayda ⁶⁾

1) Art. 544 Code Civil: La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements; Art. 550: Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont ignore les vices.

2) Vgl. V. Bolgár a.a.O. 210.

3) A.a.O. 210, 211; § 903 BGB: Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen; § 854: Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt die Sache auszuüben; Art. 641 ZGB: Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans limites de la loi. Il peut revendiquer contre quiconque la détient sans droit et reponser toute usurpation; Art. 919 ZGB: Celui qui a la maîtrise effective de la chose en la possession

4) O. Gierke, a.a.O. 323, 324.

5) V. Bolgár, a.a.O. 210, 211

6) J. Mayda, a.a.O. 1054, 1055.

aufgestellte Theorie zu untersuchen. O. Gierke lehnte es ab, der germanischen Begriff vom geteilten Eigentumsrecht durch den klassischen römischen Begriff zu ersetzen. Er behauptete, dass jener zu der folgenreichen Abschaffung des Privateigentums führen könnte. Bolgár erläutert Gierkes Vorhersage und umreißt ihre nachfolgende Erfüllung. Sie schliesst dann daraus, dass der Nachdruck auf der Wandlung in und dem Ablassen von einer bestehenden Ideologie weniger stark betont wäre, wenn das moderne Zivilrecht mit einem anpassungsfähigerem und weniger strengem Eigentumsbegriff gearbeitet hätte. ¹⁾

Gesellschaft und Ideen bleiben niemals feststehend, und seit der französischen Revolution hat eine völlige Umwandlung stattgefunden. Es ist weder zweckdienlich noch wirksam, die heutige Gesellschaft ohne Veränderung der strengen Doktrinen abzufinden, die Formulierungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts sind. Die damals grosse Sorge um die Wahrung des Eigentumsrechts bei einer Teilung von dinglichen Eigentumsrechten für eine Landaristokratie ²⁾ besteht nicht mehr. Zur Zeit des Code Napoléon bestand das Vermögen der Welt grösstenteils in greifbarer Form, heute wird der Reichtum der Länder der westlichen Welt meistens in Form von handelbaren Wertpapieren dargestellt. ³⁾ Der Gedanke, dass für die Aufrechterhaltung und den Schutz von bürgerlichen Freiheiten eine Theorie von ausschliesslichen, absoluten Eigentumsrechten

1) V. Bolgár, a.a.O. 211.

2) Vgl. O'Neal, The Universality of a Curse, Future Interests in the French Law, 3rd Louisiana L. Rev., Baton Rouge 1941, S. 803.

3) Darüber R. Hübner, a.a.O. 98; s.u.S. 19 ff.

notwendig sei, ist nicht mehr gültig. England hat mit Sicherheit dargetan, dass über diese Streitfrage kein Zweifel mehr besteht.

Der geschichtliche Hintergrund ist bekannt, aber den Forderungen der Gegenwart kann man zur Zufriedenheit nur durch ein System begegnen, das über eine Biegsamkeit, Verständlichkeit und die Möglichkeit verfügt, laufenden Bedürfnissen innerhalb seiner Fähigkeiten zu entsprechen.

4. Z i v i l r e c h t

Die grundlegende angelsächsische Regel des gesetzlichen und billigkeitsrechtlichen Eigentums ist gewiss ein Problem für die Aufnahme des Trusts in Zivilrecht. Dieses Problem ist jedoch keineswegs unlösbar, und es gibt genügend Beweise, die dieses bestätigen. Man muss zugeben, dass die Schwierigkeit der Kenntnis des Trust in dem doppelten Eigentumsrecht liegt.¹⁾ Und wenn man das englische Recht des Trusts richtig verstehen soll, darf man diese Duplizität nicht eliminieren. E. Heymann führt das Vorhergehende aus: "Es ist Befangenheit in unserem modernen oder noch mehr im römischen Eigentumsbegriff, wenn wir glauben, dem Trust ständen logische erkenntnistheoretische Bedenken entgegen."²⁾ Die Erfahrung auf dem Gebiet des Trusts hat gelehrt, dass die Schwierigkeiten zwischen den beiden Systemen nicht so gross sind, wie es zunächst scheint, und daß sie keine unüberwindlichen Hindernisse darstellen.³⁾

1) Dazu F. Weiser, a.a.O. 2 ff.

2) E. Heymann, a.a.O. 502 ff.

3) Vgl. R. Alfaro, The Trust and the Civil Law with Special Reference to Panama, The Journal of Comparative Legislation and International Law, London 1951, vol. XXXIII, S. 25.

Abschnitt 2 zählte die Erfahrungen auf, die das Zivilrecht, besonders das deutsche Recht mit der Teilung des Eigentums gemacht hatte. Es gibt auch eine Menge Institutionen,¹⁾ die eine verwickelte Fülle von Eigenschaften, Wirkungen und Ausstrahlungen zeigen, die zwischen verschiedenen Personen vorhanden sein können.²⁾ Eine Theorie von doppeltem Eigentumsrecht entstand aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die sich auf juristisches und wirtschaftliches Eigentumsrecht bezieht. M. Wolff,³⁾ der stärkste Verfechter des geteilten Eigentumsbegriffes, behauptet, dass es sich zu einem Gewohnheitsrecht entwickelt habe.⁴⁾ Eine Person, der Treuhänder, ist der Inhaber des Eigentums nach aussen hin, aber nicht gegenüber dem Begünstigten, der Inhaber des Eigentums gegenüber dem Treuhänder bleibt. Obgleich dieser Prozess Charakteristika der englischen Billigkeitsentwicklung entfaltet, ist er noch

1) S.u.S. 67 ff.

2) Vgl. R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 29; J. Mayda, a.a.O. 1053; in seinem Artikel, Future of Trust Legislation in Latin America, 20 Tulane L. Rev., New Orleans 1946, S. 525, R. Patton behauptet sogar, dass: A trust does not require for its existence a dual ownership but does require a division of rights. That the division is somewhat different than existing in any of the other institutions of either common law or the civil law is the reason for its existence; 1 Jossierand, Cours de Droit Civil Positif - Français, 3^e Ed. 1938, S. 989 n 1778: La propriété, telle que nous l'avons étudiée, jusqu'à présent, c'est la propriété dans toute sa plénitude, c'est le droit commun de la propriété. Mais ce droit commun comporte des variantes, des adaptations, des limitations; le droit de propriété, dont la plasticité est presque infinie, se prête à des modalités qui constituent en même temps des restrictions.

3) M. Wolff, Sachenrecht, 9 Aufl., Marburg 1932, S. 88 V.

4) Dazu s.u.S. 79 ff.; A. Nussbaum, Sociological and Comparative Aspects of the Trust, 38th Columbia L. Rev., New York 1938, S. 415 f.

nicht von den Juristen oder den Deutschen Gerichten anerkannt worden.¹⁾

Das Zivilrecht hat Erfahrung mit dem *dédoublement de la propriété* gesammelt. Zugegebenermassen besteht ein Überreichtum an Institutionen, die aufgrund von Beobachtungen mannigfaltige Rechte entdecken, die für mehrere Parteien gültig sind. Dies weist die missverständliche Vorstellung zurück, dass das Festhalten des Zivilrechts an dem Begriff der Unteilbarkeit des Eigentumsrechts ein Hindernis für die Aufnahme des Trusts ins Zivilrecht sei.

Die Annahme des Trusts durch das Zivilrecht würde nicht die gleichzeitige Annahme des englischen Billigkeitsrechts,²⁾ noch des Common Law Begriffs vom gesetzlichen und billigkeitsrechtlichen Eigentum (ausser vielleicht in den Ausdrücken und Formen des Zivilrechts) erfordern. Dies schliesst jedoch nicht ein, dass das Zivilrecht keine Berichtigungen vorzunehmen hätte (die in den folgenden Abschnitten dieses Kapitels behandelt werden) und vielleicht sogar einige ernster wenn auch nicht grundsätzlicher Art, noch dass es etwa nicht eine Kodifikation dieser Materie in irgend einer Form erfordern würde. Solche Hindernisse, die der Annahme des Trusts entgegenstehen, können umgangen werden, und zwar in einer Art, die die scharfe Theorie und Logik des Zivilrechts nicht schmälert. Der positive Beweis wird in Kapitel IV behandelt.

1) Vgl. E.Jaeger, Komment. zur Konkursordnung, 6.u.7.Aufl., Berlin und Leipzig 1931, Bd. I Anm. 40a zu 43; W.Siebert, a.a.O. 333 ff.; L.Söldner, a.a.O. 73 ff.

2) P. Lepaulle hat beachtliche Aufmerksamkeit darauf verwandt, um zu zeigen, dass es Trusts oder trustoide Funktionen ohne Billigkeitsrechtssprechung geben kann. Siehe P.Lepaulle, *Traité theorique*, a.a.O. passim und P.Lepaulle, *Civil Law Substitutes for Trusts*, 36 Yale L.Rev., New Haven 1927, S. 1126 ff.

B. Grundsatz gegen die Unveräußerlichkeit von Eigentum

(Rule against Inalienability of Property)

Ein grundlegendes Prinzip des Zivilrechts, dass eine Veräußerungsbeschränkung unwirksam ist, stellt vermutlich ein grundlegendes Hindernis für die Aufnahme des Trusts dar. Der Ursprung dieser absoluten Lehre ist von Anfang an gern auf den ideologischen Überschwang zurückgeführt worden, der in der Form der französischen Revolution ausbrach.¹⁾ Es ist eine Reaktion auf eine äusserst tief gehende Abneigung, die sich gegen die vor der Revolution herrschenden Form des Eigentumsrechts angesammelt hatte; dabei behielten die Lehnsherren ihr Eigentum und ihren Status dadurch, dass sie zu einer Eigentumsrechtsteilung griffen, die die Verhinderung der Veräußerung gestattete.

Nussbaum zieht es vor, den Zweck der Lehre dem Wunsche zuzuschreiben, die Freiheit der Bewegung von Gütern innerhalb der Bevölkerung²⁾ zu schützen, eine Lehre, die sich im Ergebnis vollkommen mit der Grundlage des 18. Jahrhunderts deckt.

Das Common Law sieht auch ein Verbot der aufrecht erhaltenen Veräußerungsbeschränkungen vor, das in der "rule against perpetuities" (Gesetz gegen Dauereigentum) verkörpert wird.³⁾

1) S.u.S. 32 Anm. 1 und ff.

2) A. Nussbaum, a.a.O. 421.

3) Corpus Juris Secundum, Brooklyn 1951, vol. LXX, S. 577: At Common Law no interest is good under the rule against perpetuities unless it must vest, if at all, not later than twenty-one years after some life in being at the creation of the interest, to which is added the period of gestation if gestation exists, ff.

So haben die beiden Systeme in gewisser Hinsicht ähnliche Auffassungen.¹⁾ Jedoch weder in Amerika noch in England hat sich die rule against perpetuities praktisch als Hindernis für die Institution in der Form eines Trust erwiesen.²⁾ Anzunehmen, dass das Zivilrecht kategorisch das Verbot der Eigentumsveräußerung ablehnt, stünde im Gegensatz zu der bestehenden Tatsache. Es wird sogar behauptet, dass bei der Entwicklung der Jurisprudenz das französische Recht sogar noch liberaler bei der Aufrechterhaltung von Klauseln zeitlicher Unveräußerlichkeit sei als das Common Law.³⁾ Innerhalb des französischen Rechts bestehende Institutionen für eine zeitweilige Unveräußerlichkeit sind zahlreich, z.B. usufructus, Nutznießungsrecht, Wohnrecht, emphyteusis⁴⁾ und der Testamentsvollstrecker des französischen Code Civil, der nach Art. 1206 Besitzrechte an der Erbschaftsmasse für die begrenzte Zeit von einem Jahr und einem Tag erhalten kann. Es ist deshalb sicherlich wahr, dass in Frankreich das Prinzip, wonach Eigentum nicht veräußert werden kann, ein geringfügigeres Hindernis ist als in anderen Ländern, für die Situation, in der sich ein Eigentümer befindet, der nicht in der Lage ist, sein Eigentum zu verkaufen.⁵⁾

R. Patton stellt ein interessantes logisches Exercitium an.⁶⁾

1) Vgl. F. Gubler, a.a.O. 423.

2) A.a.O. 417.

3) Hierzu O'Neal, a.a.O. 804-5.

4) A.a.O. 806 ff.; s.u.S. 67 ff.

5) Siehe F. Weiser, a.a.O. 56.

6) R. Patton, Future of Trusts, a.a.O. 546 ff.; G. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, Traité théorique et pratique du droit civil VI, Des biens (3e éd. 1905) N° 206, S. 156; Huc, Commentaire théorique et pratique du Code Civil VI, 1894, N° 17, S. 29.

Das Verfügungsrecht ist eine wesentliche Eigenschaft des Eigentums. Es ist dann notwendig, grundsätzlich alle Verträge für nichtig zu erklären, durch die ein Eigentümer das Recht, frei über seine Güter zu verfügen, beschränkt und jede testamentarische Verfügung, mit der der Erblasser das Recht seines Erben oder Vermächtnisnehmers, frei über die ihnen hinterlassenen Güter zu verfügen, einschränkt. Es ist ein innerer Widerspruch, zu behaupten, dass jemand Eigentümer einer Sache sei, die unveräußerlich ist; denn Eigentümer sein, heisst, die Befugnisse zur Veräußerung zu haben.

Anwendungen des Trusts aus der letzten Zeit können nicht einfach wieder fallen gelassen werden. Der Trustee ist heute normalerweise mit einer unbedingten Befugnis ausgestattet, die res in Trust zu verkaufen.¹⁾ Diese Praxis ist, verglichen mit dem Verfahren von vor 40 - 50 Jahren, üblich geworden. obgleich das Vorgehende keineswegs besagt, dass es nicht damals schon in Erscheinung getreten wäre. Die Praxis, zu der immer mehr gegriffen wird, schafft eine von Veräußerungsbeschränkung freien Trust und umgeht deshalb leicht oder begegnet vielmehr niemals dem Hindernis der erwähnten Vorschriften gegen die Unveräußerlichkeit des Eigentums (rule against inalienability of property).²⁾ Die beiden Prinzipien, welche vermutlich der "rule against inalienability of property" zugrunde liegen, nämlich die geschichtliche Furcht vor dem Landadel und der Schutz des freien Warenaus-

1) Vgl. A. Nussbaum, a.a.O. 421.

2) Für diese Praxis wird es höchste Zeit, dass § 137 BGB im folgenden Kapitel behandelt wird.

tausches innerhalb der Gesellschaft geraten, so seltsam es für eine beginnende Betrachtung klingen mag, mit denselben Voraussetzungen in Konflikt; (an dieser Stelle wäre zu sagen, dass die ursprünglichen deutschen Abzweigungen, die sich mit der "rule against inalienability of property" berühren, d.h. der numerus clauses und § 137 BGB, in späteren Abschnitten behandelt werden.¹⁾ Das abschliessende Material in diesem Abschnitt bezieht sich jedoch auf diese Prinzipien und zwar in sehr wesentlichem Masse).

Die beiden erwähnten Prinzipien und der Trust harmonisieren vielleicht theoretisch nicht miteinander, aber die Praxis beweist das Gegenteil, und es erhebt sich kein unmittelbarer Widerspruch. Der durchschnittliche Trust ist nicht umfangreich; er ist nicht zum Nutzen eines verschwenderischen Inhabers eines ererbten Reichtums begründet worden; er ist nicht dazu geschaffen, ein grosses Vermögen für unbestimmte Zeit festzulegen. Er ist in erster Linie ein Instrument für den Dienst des Individuums an der Gesellschaft. Der beherrschende Einfluss ist die Notwendigkeit für den Menschen, seine Familie zu erhalten, eine Notwendigkeit, die zu tief im menschlichen Bewusstsein verwurzelt ist, als dass sie letzten Endes aufgehoben werden könnte. Die Sicherheit, die der Trust gewährt - den Unmündigen, den Unfähigen, denen, die erst in zweiter Linie an der Vermögensverwaltung interessiert sind - ist die soziale Rechtfertigung für die Gesellschaft. Als solche ist der Trust ein charakteristischer Beitrag zur Erhaltung des Familienlebens, dessen Wert für die Gemeinschaft unschätzbar ist.²⁾

1) S.u.S. 49 ff. u. 54 ff.

2) Vgl. J. Wisdom, a.a.O. 98.

Die moderne wirtschaftliche Entwicklung hat einen so enormen Einfluss auf den Trust ausgeübt, dass er neu bewertet und definiert werden muss. Treugut (Trust-res) besteht in erster Linie aus Wertpapieren, Aktien und Schuldverschreibungen, d.h. nicht greifbaren Dingen und nicht aus Grundstücken oder solchen körperlichen Gegenständen einer früheren Zeit. Die Furcht, dass eine Beschränkung der Veräußerlichkeit, die normalerweise das Ergebnis des Trusts ist, das Eigentum aus dem Verkehr heraushalte, ist heutzutage unbegründet. Die einen Wert von \$ 57 Milliarden darstellenden Vermögensgegenstände auf persönlichen Trustkonten in den Trustabteilungen der Vereinigten Staaten im Jahre 1959 sind nach der Art der einzelnen Anlagen aufgeführt. (Die folgende Tabelle wurde in Übereinstimmung mit einer amerikanischen Überwachung der persönlichen Trustkonten, die von der Trustabteilung des amerikanischen Bankenverbandes durchgeführt wird, in Zusammenarbeit mit der Alfred Politz Research, Inc. New York City aufgestellt.)¹⁾

1) Ich möchte hier meinen aufrichtigen Dank für die unschätzbare Hilfe ausdrücken, die mir Robert E. Howard, Sekretär in der Trustabteilung des amerikanischen Bankenverbandes geleistet hat, dadurch, dass er mir den von ihm zusammengestellten Bericht der nationalen Überwachung persönlicher Trustkonten zur Verfügung gestellt hat.

T a b e l l e I

Anlagen auf persönlichen Trustkonten
nach der Art der Anlagen
(In Millionen Dollar)

<u>Art der Anlage</u>	<u>1959 Total</u>		<u>1958 Total</u>	
	<u>£</u>	<u>%</u>	<u>£</u>	<u>%</u>
Stammaktien	37.191.3	65.1	30.664,5	61.7
Staats-und Gemeindeanleihen	7.786.5	13.6	7.791.2	15.7
Beteiligung an Common Trust	2. 646.3	4.6	2.122.8	4.3
Funds (Investmentgesellschaften) Schuldverschreibungen und Obligationen von Gesellschaften	2.588.8	4.5	2.335.3	4.7
Schuldverschreibungen der U.S.A.	2.552.1	4.5	2.513.1	5.1
Alle anderen Werte	1.923.1	3.4	1.906.9	3.8
Vorzugsakten	1.274.2	2.2	1.290.9	2.6
Hypotheken	738.1	1.3	671.0	1.3
Bares Geld	<u>474.9</u>	<u>0.8</u>	<u>384.6</u>	<u>0.8</u>
Total	£ 57.175.3	100,0	49.680.3	100.0

Die Trustvermögenswerte (Trusteigentum oder res), die in der Tabelle aufgeführt sind, werden bestens den Zielen grosser industrieller Projekte, Verbesserungen, Forschung und Entwicklung oder ausgedehnten öffentlichen Verbesserungen, Projekten, Unterstützung, sozialer Sicherung, Hilfe usw. zugeführt. Der Trust soll dem Verkehr Vermögen entziehen!! Was ist bezeichnender für seine Lebensfähigkeit.

C. Publizitätsprinzip (Publicité).

Das absolute Prinzip, dass in Zivilrechtsländern alle Rechte an Grundeigentum (in rem rights) in Grundbüchern¹⁾ eingetragen sein müssen, gilt erklärtermassen als Hinder-
nis für die Einführung des Trusts. Die Forderung, dass Rechte an Grundeigentum in Grundbüchern stehen müssen, bedeutet notwendigerweise, a fortiori, dass, wer auch immer im Vertrauen auf den Inhalt des Grundbuches handelt, geschützt wird. Die für bewegliche Sachen geltenden gesetzlichen Bestimmungen haben insofern eine ähnlich scheinende Natur, als der "Besitz" die Eintragung ersetzt. Die Tatsache, dass es bei dem Trust zwei Eigentümer gibt und dass die Offenkundigkeit nur einen ausweist, schafft eine Sackgasse.

Die öffentliche Eintragung wurde zuerst in Frankreich im Jahre 1855 als eine Methode zum Schutz von Hypotheken eingeführt und dann auf andere Arten dinglicher Rechte und sogar gewisse persönliche Rechte ausgedehnt.²⁾ V. Bolgár³⁾ schreibt, dass, wie die Tendenzen der Rechtsentwicklung in Frankreich bewiesen haben, die Eintragung von Rechten mit angeblich dinglicher (in rem) Wirkung durch das Auftreten der dinglichen Wirkung des Besitzes (occupation) am eingetragenen Eigentum als null und nichtig angesehen werden kann.

1) §§ 873, 891 ff BGB; Art. 970-977 und Art. 714 par. 1, Art. 930 ZGB.

2) Art. 846-850 Code Civil (éd. Dalloz) 1950.

3) V. Bolgár, a.a.O. 213; Als Autorität erwähnt Bolgár R. Savatier, Les Metamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui, Paris 1952, S. 74 ff.; G.Morin, Le Sens de l'Évolution Contemporaine du Droit de Propriété, 2 Le Droit Privé Français au Milieu du XX^e Siècle, Paris 1950, S. 8 ff.

Der fundamentale Grundsatz der Publizität mit seinen Funktionen, die Rechts- und Verkehrssicherheit zu gewährleisten, wirkt sich im Sachenrecht besonders intensiv aus.¹⁾ Gewiss sollte die Bedeutung des Vertrauens auf die Publizität nicht unterschätzt werden. Die daraus entstehende Einfachheit, Klarheit, der Schutz Dritten gegenüber und die gleichzeitige Kennzeichnung in Handel und Geschäft geben einen Begriff von seinem unwiderlegbaren Wert. Das Vertrauen auf den Rechtsschein ist ein lebenswichtiges Prinzip des Kreditverkehrs²⁾

Das Grundbuch wird als äusserste Autorität angesehen, aber es darf nicht ausseracht gelassen werden, dass es als Ausflucht für vorgegebene Geschäfte, gewöhnliche Übertragungen von Eigentum an Treuhänder (Fiduciary) dienen kann und dies auch tut.³⁾

Weiser⁴⁾ ergeht sich etwas in philosophischen Gedankengängen und bemerkt, dass ernsthafte Rechtsgelehrte, die durchweg zu derselben Art gehören, vom "Rechtsschein", der gesetzlich bedeutsamen Erscheinung der Illusion, reden und sich somit den Philosophen anschliessen, da sie dem Scheinbaren eine Entwicklungsmöglichkeit gegenüber dem Wirklichen zuschreiben. Das Vertrauen auf äussere Tatbestände ist es, was das Gesetz mehr und mehr zu schützen strebt bei seiner Bemühung, dem Verkehr zu helfen (Verkehrsschutz). Das moderne Recht kommt

1) F. Gubler, a.a.O. 366.

2) A.a.O. 432.

3) A.a.O. 374: Die Publizitätsfunktion des Grundbuches verhindert in der Regel die Eintragung von Bedingungen. Darum kennt unser Grundbuch auch die Eintragung fiduziarischen Eigentums nicht; V. Bolgar, a.a.O. 214.

4) F. Weiser, a.a.O. 10.

wieder zum Anschein und tut so bewusst und absichtlich das, was das primitive Recht tut, weil es noch nicht gelernt hat, hinter die Erscheinung zu sehen. Das Prinzip, das Publizität erfordert, ist natürlich gleich umfassend wie die Regel, dass *res inter alios acta aliis nocere nec prodesse potest*.

Die anscheinende Unvereinbarkeit zwischen dem Trust und dem Prinzip der Publizität kann gelöst werden und ist es auch; vielleicht nicht zur vollständigen Zufriedenheit aller Juristen des Gewohnheits- (Common Law) und Gesetzesrechts (Civil Law), aber man hat sich damit beschäftigt, darum mit Klugheit gekämpft und es in verschiedenem Grade gelöst.¹⁾ Die Publizität des Grundbuches kann dazu dienen, den Begünstigten bei einem Trust zu schützen, wie das in Quebec, Schottland und Louisiana der Fall ist. So ist der zivilrechtliche Sinn der Publizität, Vertrauen auf die Eintragung, in den Ländern, die den Trust angenommen haben, bestätigt worden.²⁾

Die angebliche Unvereinbarkeit ist wirksam und erfolgreich, jedoch nicht ohne Konzessionen der jeweiligen Gewalten gelöst worden. Dass der Trust angenommen und kodifiziert wurde, spricht für einen Kompromiss des Zivilrechts (vielleicht genauer als nahe bevorstehende Kapitulation bezeichnet). Der Trust seinerseits kam nicht unversehrt hindurch, eine direkte Folge des Publizitätsprinzips, das in sich selbst ein teilweises Ergebnis der von Zivilrechtlern anerkannten

1) S.u.S. 122 Kapitel IV.

2) Hierüber J. Wisdom, a.a.O. 82.

Antipathie und Abneigung gegen die Betrachtung alles Geheimnisvollen, Verhohlenen und Verborgenen¹⁾ und die Begrenzung der in rem Rechte ist.²⁾

Dass der Trust wirksam aufgenommen wurde und jetzt in den Ländern der Zivilrechtssprechung blüht und gedeiht, ist ein Ergebnis von entscheidender Bedeutung. Aber es darf nicht vergessen werden, dass die Einschränkung der Publizität, die dem Trust durch das Zivilrecht auferlegt ist, nämlich ausdrücklicher Trust (Express Trust) gegenüber geheimem Trust (Secret Trust)³⁾ zugegebenermassen seine Wirksamkeit und sein Ausmass schwächt.⁴⁾

1) Siehe F.Weiser, a.a.O.12: From this idiosyncrasy (the feeling of the continental mind that the duplicity tastes of the sinister) follows in the first place the unanimous aversion of all writers in continental countries, however diverse their attitude towards Trusts may otherwise be, for the less outspoken if not less important, viz. implied, constructive and resulting Trusts. With such cryptic phenomena the law can have nothing to do, French and Germans alike have no hesitation in saying so.

2) S.u.S. 140 IV B.

3) Vgl. R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 548: Express Trusts are the only type for which provision is contemplated by Latin-American statutes, and as to these the principle is fully satisfied as to personal property by the trustee taking possession and as to real property by the recording of the Trust instrument or of other conveyance to the trustee. In fact most of the present acts expressly provide for such recordation; J. Wisdom, a.a.O. 82: There can be only express, written trusts, no resulting trusts, no constructive trusts, no right to follow; F. Weiser, a.a.O. 12: In fact the "overt" (or ostensible) Trust, the only one that Continentals think worthy of contemplation and emulation, as contrasted with the "secret" trust is, we make bold to affirm, a pure invention of the Continental mind; L. Sheridan, English and Irish Secret Trusts, the Law Quarterly Rev., London 1950-51, S. 314 ff.

4) Siehe J. Wisdom, a.a.O. 82: There are those who might say that this is no Trust that this is a shadow of a ghost; F. Weiser, a.a.O. 11: It is clear that Trusts, if they are to produce the intended effects, must sometimes clash with such specific requirements of publicity as Continental municipal laws may contain. In particular they do not easily fit into a rigid system of registration, especially in view of the abovementioned fact that there are few accepted types of rights capable of being registered; Eine eingehende Behandlung der Trust-Begrenzungen im Zivilrecht findet sich im folgenden Abschnitt, s.u.S. 122, Kapitel IV.

Der Trust wurde, wo er vom Zivilrecht angenommen ist, einstweilen auf das Prokrustesbett der Publizität gespannt, aber die Annahme, dass er dauernd streng verdammt sein werde, könnte zu kurzfristig sein, besonders in Betracht seiner geschichtlichen und charakteristischen Veranlagung, sich auszudehnen¹⁾.

1) R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 556: All of which adds up to the fact that, in Latin-America the same as in Anglo-America, the law of Trusts is not static but must develop concurrently with the economic and charitable enterprises which it is designed to serve.

D. Numerus clausus.

Jede Betrachtung des Publizitätsprinzips muss notwendigerweise den numerus clausus einbegreifen, denn sie sind grundsätzlich voneinander abhängig. Die Publizitätstheorie wird so dargestellt, als erfordere sie eine Aufzählung von dinglichen Rechten. Deshalb muss ein Recht, um eingetragen zu werden, dem numerus clausus angehören. Der numerus clausus ist, wie der Name sagt, eine Aufzählung von dinglichen Rechten, die spezifisch und beschränkt sind. Wenn ein Recht nicht eines innerhalb des numerus clausus ist, dann ist es für die Eintragung ungeeignet. Neue dingliche Rechte können nicht geschaffen oder wirksam gemacht werden. Alle Zivilrechtskodifikationen sind Anhänger der numerus-clausus-Doktrin¹⁾, wovon Deutschland ihr bedeutendster ist. Die Theorie wurde erstmalig in Deutschland in den "Motiven zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches"²⁾, erschienen 1888, formuliert. Bald nach der Veröffentlichung entwickelte sich ein starker Widerstand gegen die Theorie.³⁾ Der Streit ging darum, ob die Begrenzung der dinglichen Rechte, die im 3. Buch des BGB. enthalten sind, mit Sicherheit dingliche Rechte ausschliessen, auslassen oder übergehen könnte. Es gibt Leute,

1) Vgl. H. Meyer, a.a.O. 380-81.

2) Amtliche Ausgabe (1888) 3: ... die Beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zulässt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher notwendig eine geschlossene.

3) O. Gierke, a.a.O. Abschnitt III, Das Sachenrecht des Entwurfes; E. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, 1889.

die mit überzeugender Begründung behaupten, dass dingliche Rechte in anderen Abschnitten des BGB. erscheinen, z.B. die zukünftigen Interessen des "Nacherben" oder des Vormundes am Vermögen des Kindes.¹⁾ Diese Behauptungen können und konnten nicht die schnelle Annahme und Anwendung des numerus clausus ändern.

Dass der numerus clausus endgültig die dinglichen Rechte bestimmt und dass nur die aufgezählten mit Sicherheit eingetragen werden, und zwar dieses mit einer konsequenten Strenge, und dass das dingliche Recht des durch die Treuhand Begünstigten nicht in den Gesetzbüchern zu finden ist, beweist die Schwierigkeit, die jedem Versuch, den Trust in das Zivilrecht einzuführen entgegensteht. Warum nicht einfach die Liste ausdehnen, um die dingliche Recht des Begünstigten einzubeziehen? Obgleich dieser Gedanke für spätere Untersuchungen bei der Darstellung des Problems aufgehoben werden wird, drängt er sich selbst so dumpf und schwer ins Bewusstsein (mit all seiner Kühnheit und Einfachheit) zweifellos nach Naivität riechend, dass es Erwähnung verdient. Das ist, beiläufig gesagt, genau das, was beabsichtigt war.

Die Vorteile und die Grundlage des numerus-clausus-Prinzips sind offenkundig wie das Prinzip selbst.²⁾ Der numerus clausus

1) Hierüber V. Bolgár, a.a.O. 212 Anm. 55; A. Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Jena 1901, S. 26: Man findet nämlich noch besondere begrenzte dingliche Rechte ausserhalb der in den Abschnittsüberschriften des 3. Buches des BGB bezeichneten nicht nur in den dem Landesrecht vorbehaltenen Materien, sondern auch im BGB selbst.

2) Dazu s.o.S. 44; Die Vorteile des numerus clausus sind eng mit der Publizitätslehre verbunden und bis zu einem gewissen Grade in der s.o.S. behandelten Lehre gegen Unveräusserlichkeit dargestellt.

repräsentiert das Prinzip der Klarheit. "Darum ist er erhaltungswürdig, darum würde eine Durchbrechung notwendigerweise eine Herabsetzung der Rechtssicherheit zur Folge haben und insofern würde eine Gefährdung des Wertes unseres Systems unvermeidlich sein. Nun wird bisweilen geltend gemacht, mit der Zulassung eines beschränkt dinglichen Treuhandrechts, (de lege ferenda) in der einen oder anderen Form, werde der numerus clausus nicht verletzt, sondern nur erweitert."¹⁾ So schliesst Gubler, ein gelehrter Gegner der Aufnahme des Trust in das bürgerliche Recht, wie es sich in der Schweiz darstellt. Ein Jurist, der den Wert des Trusts erkennt und der Bedenken hat, trustähnliche Wirkungen zu schaffen, die, wie gesagt, dingliche Rechte für den Begünstigten erfordern.²⁾

Wenn das Zivilrecht Trustergebnisse, trustähnliche Einrichtungen begehrt, oder der Trust selbst rezipiert werden soll, dann muss der numerus clausus abgeschafft, überarbeitet oder erweitert werden, (wie oben vorgeschlagen).³⁾

Es ist eine vollkommene Abschaffung vorgeschlagen worden, die mit der Annahme begründet wurde, dass der numerus clausus die Erfordernisse des praktischen Lebens verletze, und da er keinen sichtbaren praktischen Wert habe, könnte er wohl ins Museum der Begriffsjurisprudenz gebracht werden.⁴⁾ Bemerkens-

1) Siehe F. Gubler, a.a.O. 361.

2) S.o.S. 16 Anm. 5.

3) W. Siebert, a.a.O. 407-8: Das Hindernis für eine Beseitigung der bestehenden Mängel liegt in § 137 BGB und in dem numerus clausus der Verfügungsgeschäfte; Eine gesetzgeberische Handlung würde aller Wahrscheinlichkeit nach das zweckmässigste und wirksamste Verfahren für die Ausführung solcher Berichtigungen sein.

4) V. Bolgár, a.a.O. 212, 214: O. Gierke, a.a.O. 315.

wert ist, dass, wenn der Gedanke einer Abschaffung des *numerus clausus* vorwärts getrieben wird, die Erhaltung der Publizitätsdoktrin möglich und ausführbar wäre.¹⁾

Das Zivilrecht räumt den Parteien weitgehende Autonomie bei der Schaffung von obligatorischen Rechten ein, aber, wie gesagt, bei der Schaffung dinglicher Rechte verweigert es jedoch eine derartige Autonomie.²⁾ Eine Ausweitung dieser Souveränität, die auf dem Gebiet des obligatorischen Rechts besteht, auf das Gebiet des Eigentums würde die Annahme des Trust oder trustähnlicher Wirkungen erleichtern.³⁾

Die drastischste, aber wirksamste Methode, dieses Ziel zu erreichen, nämlich die Schaffung von dinglichen Rechten für den durch den Trust Begünstigten (Trust oder trustähnliche Einrichtungen), besonders im Hinblick auf das Zögern der europäischen Gerichte, den dinglichen Schutz auf den Begünstigten auszudehnen,⁴⁾ wäre ein Akt der Gesetzgebung. Empfehlenswert wäre eine gesetzgeberische Erweiterung der dinglichen Rechte, um dingliche Trustwirkungen einzubeziehen und dabei eine Änderung oder Ausdehnung des bestehenden Systems (*numerus clausus*) einzuleiten und doch nicht einen Pfeiler des Zivilrechts umzuwerfen. Der *numerus clausus* würde beibehalten und erweitert beiden Zwecken dienen und den gegenwärti-

1) S.o.S. 44 ff.

2) Vgl. O. Gierke, a.a.O. 281 ff.

3) H.Yntema, *Autonomy in choice of Law*, 1 *American Journal of Comparative Law*, Baltimore 1956, S. 356: this seems unlikely in view of the departure from the classic concepts of liberalism with regard to individual freedom in contracting and the accentuation of legal positivism ...

4) Vgl. H.Würdinger, *The German Trust, The Journal of Comparative Legislation and International Law*, London 1951, S. 32. Eine interessante Zusammenstellung deutscher Gerichtsentscheidungen, die in gewissen Fällen dem Treugeber dingliche Rechtsmittel gewährleistet.

gen Erfordernissen entsprechen. Zimmermann¹⁾ hat es geschickt ausgedrückt, in dem er sagt: "Rein begriffslogisch besteht für unser heutiges Recht kein numerus clausus der begrenzt dinglichen Rechte. Es würde das Begriffssystem nicht erschüttern, wollte man der Zahl der bisher gekannten begrenzt dinglichen Rechte ein neuartiges, bisher in dieser Form nicht bekanntes hinzufügen. Auf diesem Wege lässt sich aber das angelsächsische Treuhandrecht ohne grössere Schwierigkeiten einpassen. Man braucht nur den Treuhänder als Eigentümer, den Begünstigten als begrenzt dinglich Berechtigten neuartiger Form anzusehen, als Berechtigten aus einem dinglichen Recht sui generis".

1) H. Zimmermann, a.a.O. 56.

E. § 137 BGB.

Übereinstimmend mit und wesentlich für die Darstellung der Doktrinen der Publizität, des numerus clausus und der Vorschriften gegen die Unveräusserlichkeit ist die dem deutschen Recht eigene durch § 137 BGB.¹⁾ getroffene Beschränkung. Diese Beschränkung schliesst alle "dinglich" wirksamen Vereinbarungen aus, welche die Veräusserung von Vermögensstücken durch den Eigentümer verhindern. So macht es § 137 BGB. dem trustee (oder Treuhänder) unmöglich, die mit dem Eigentum verbundene Verfügungsmacht durch einen Vertrag so zu beschränken, dass die Beschränkung dingliche Wirkung hat. Im Gegenteil, der Settlor (Treugeber) hat ihm das uneingeschränkte und ausschliessliche Eigentumsrecht mit der daran hängenden uneingeschränkten Verfügungsgewalt übertragen.²⁾ Hier begegnet man erneut einem ernststen Hinderungsgrund der Übernahme des Trusts im Hinblick auf das deutsche Recht. Das Gesetz, § 137 BGB., in der jetzigen Form und der Trust sind unvereinbar. Hinsichtlich § 137 muss etwas Entscheidendes geschehen, wenn der "Trust" eingeführt werden soll oder wenn der deutschen Treuhand Raum und Wirksamkeit, d.h. trust-ähnliche Wirkungen gegeben werden sollen.³⁾ Deshalb ist vorgeschlagen worden, dass § 137 entweder in toto gestrichen oder

1) § 137 BGB: Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.

2) Vgl. H. Würdinger, a.a.O. 31.

3) Vgl. W. Siebert, a.a.O. 27 Anm. 8.

so weit ausgedehnt wird, wie es notwendig ist, um einen treuhänderischen (Fiduciary) Eigentümer zu schaffen, dessen Verfügungen über die res, wenn sie dem Treuhandvertrag (Trustvertrag) entgegengesetzt sind, null und nichtig sind.¹⁾

Viele Schriftsteller behaupten, dass weder Beseitigung noch Anpassung des § 137 BGB. erforderlich seien. Sie sind der Meinung, dass § 137 BGB. durch die bestehenden Einrichtungen und Verfahren, die die gewünschte Wirkung haben, umgangen werden könne. Das am häufigsten erwähnte Verfahren würde eine auflösend bedingte Treuhandschaft²⁾ anwenden. Eine eingehendere Behandlung dieses Vorschlags und seiner Begrenzungen erfolgt in einem späteren Abschnitt.³⁾

Die Basis des § 137 BGB kann sowohl bis auf die grundsätzlich absolute Unteilbarkeit der Eigentumstheorie verfolgt werden,⁴⁾ wie auch die Regel gegen Unveräußerlichkeit⁵⁾. Beide sind, jedes für seinen Teil, wie § 137 BGB, Folge der schon geschilderten Ideen der französischen Revolution und um die Bewegungsfreiheit des Warenverkehrs in der Bevölkerung zu schützen.⁶⁾ Es hat sich ergeben, dass diese Auffassung eine vollkommen unrealistische, wenn nicht gar veraltete Annahme ist, die nicht mit der Zeit mitgeht.⁷⁾

1) Vgl. F. Weiser, a.a.O.

2) L. Söldner, a.a.O. 66; E. Heymann, a.a.O. 48; W. Siebert, a.a.O. 214.

3) S.u.S. 70 ff.

4) S.o.S. 25 ff.

5) S.o.S. 38 ff.

6) S.o.S. 38; s.a.o.S. 5 Anm. 2.

7) S.o.S. 40 ff., eine sehr überzeugende Darstellung.

Das durch § 137 BGB. aufgestellte Hindernis kann überwunden werden; und wenn sich eine Beseitigung durch den Gesetzgeber als zu extrem erweist, dann kann das Ziel in der Weise erreicht werden, dass dem Treuhänder Verwaltungsrechte mit dinglicher Wirkung eingeräumt werden, die dem Vollrecht des Treugebers unterworfen sind, und dadurch eine trustoide oder trustähnliche Einrichtung geschaffen wird. ¹⁾

1) V. Bolgár, a.a.O. 214; W. Siebert, a.a.O. 419 ff.: Dabei muss von § 137 BGB ausgegangen werden. Dieser Paragraph kennzeichnet den Stand und die Nöte des gegenwärtigen Treuhandrechts, in dem er den Zwiespalt zwischen Rechtsmacht und Rechtspflicht des Treuhänders gesetzlich normiert und sanktioniert. Er ermöglicht damit die Klarstellung des Treuhandproblems de lege lata. Alle Versuche, eine dingliche Wirkung der treuhänderischen Zweckbeschränkung zu begründen und so zu einer Annäherung oder gar einen Ausgleich zwischen dem Dürfen des Treuhänders zu gelangen, mussten und müssen an dieser Bestimmung scheitern. Angesichts dieser grundsätzlich treuhandfeindlichen Bedeutung des § 137 BGB erscheint es zu eng, ihn lediglich unter dem Gesichtspunkt der rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung zu fassen. § 137 BGB verbietet vielmehr eine dinglich wirkende Zwecksbeschränkung, das Ziel und die Sehnsucht aller bisherigen Konstruktionsversuche des Treuhandverhältnisses. Damit ist diese Bestimmung der Angelpunkt des Schutzproblems bei der Treuhand. Durch ihre Änderung würden also mit einem Schlage die mannigfachen oben S. 407 geschilderten Hindernisse einer vollkommenen Lösung der Schutzwirkung für den Begünstigten bei den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten beseitigt werden; insbesondere könnten eine Aussenwirkung des Treuhandverhältnisses bei Vollrecht des Treuhänders und ein Ausschluss der konkurrierenden Rechtszuständigkeit des Treugebers bei Ermächtigung des Treuhänders erreicht werden.

F. Légitime - Pflichtteil.

Nach dem geltenden Légitime-System ist der Erblasser verpflichtet, einen Teil des Vermögens (réserve) seinen gesetzlichen Erben¹⁾ zu hinterlassen. Nur der übrigbleibende Teil - nicht mehr als die Hälfte des Vermögens - könnte testamentarisch vermacht werden.²⁾ Daher interessiert hier nur der nicht verfügbare Teil.

Die Légitime (oder der Pflichtteil)³⁾ wurden als Hindernis für die Übernahme des Trusts erwähnt. P. Lepaulle betrachtet es als eine ernste Angelegenheit und J. Wisdom findet es übertrieben.⁴⁾ Bei einer eingehenden Untersuchung leuchtet ein, dass das Légitime (der Pflichtteil), obwohl es anfangs dem Trust entgegengesetzt erscheint, tatsächlich als eines der rudimentärsten Erscheinungsformen des Trusts einen Dienst leistet, nämlich zum Schutz der Familie.

1) Art. 829, 843 ff. Code Civil; Art. 471, 172 ZGB.

2) Darüber J. Mayda, a.a.O. 1045; Art. 913 Code Civil; K. Bloch, Der anglo-amerikanische Trust und seine Behandlung im Internationalen Privatrecht, 46 S.J.Z. 1950, S. 70: Kommt hier vor allem der Schutz der Noterben, d.h. pflichtteilsberechtigten Erben in Betracht, und deren Recht, eine Herabsetzung und Ausgleichung zu verlangen, wenn ihre Pflichtteilsansprüche durch Verfügung des Erblassers zu Lebzeiten oder auf den Todesfall verletzt wurden. - So sind z.B. in Frankreich, im Gegensatz zur Schweiz und zu Deutschland, die Geschwister und die Ehefrau des Erblassers keine Noterben; in Frankreich ist die Frau durch das eheliche Gütergemeinschaftssystem geschützt,

3) Wenn die beiden Ausdrücke zusammen angewandt werden, ist damit auf das allgemeine Zwangserbrecht hingewiesen.

4) R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 549; J. Garrigues, Law of Trusts, 2 American Journal of Comparative Law, Baltimore 1953, S. 25 ff.

Der Dienst, den die *Légitime* (oder Pflichtteil) leistet, sollte, obwohl er eine wirtschaftliche Beschränkung schafft, mit Rücksicht auf seine fundamentale Bestimmung aufrecht erhalten werden. Es ergibt sich eine Rangfrage, die innerhalb des gesetzgeberischen Rechts verschiedene Ausgestaltungen erfahren hat. Der Pflichtteil des deutschen Rechts¹⁾ hat nicht dieselbe Bedeutung wie der *Légitime* und bildet dementsprechend ein geringfügiges Hindernis für die Übernahme des Trusts.

Zwangserbrecht ist nicht auf das Gesetzesrecht (Civil Law) beschränkt.²⁾ Es besteht in jedem Gewohnheitsrechts-(Common Law)staat in Amerika und auch in Kanada und England.³⁾

Das erklärt weiterhin das äusserst lächerliche Problem, welches die *Légitime* (oder Pflichtteil) darstellt.

Bei der Betrachtung der *Légitime* begegnet man wieder einem Paradoxon des Gesetzesrechts.⁴⁾ Dieselbe revolutionäre und individualistische Ideologie des Code Napoléon, die den individuellen Eigentümer von jeglichen ausser den allgemeinen gesetzlichen Beschränkungen seiner Eigentumsrechte befreit hat, legte ihm die *Légitime*, den "Willen gegen den Willen" auf, während England und die Vereinigten Staaten, beide im sozio-psychologischen Sinn weniger individualistisch als

1) Vgl. E. Cohn - M. Wolff, *Manual of German Law, Civil Law*, London 1950, S. 202, Section 633; Unlike French, Swiss and other continental laws, German law does not prevent the testator from making a will relating to his entire estate; §§ 2303-2338 BGB.

2) Hinsichtlich des englischen Zwangsanteils vergleiche das englische Erbschafts-(Familienfürsorge) Gesetz von 1937.

3) R. Patton, *Future of Trust*, a.a.O. 550.

4) S.o.S. 40.

Frankreich, volle Freiheit im Testieren gewährten.¹⁾

Der Schwierigkeit, die bei der Lösung des Trusts mit der Légitime auftaucht, ist man in Louisiana wirksam begegnet. Die Zwangserbschaft wird als von der Verfassung geschützt aufrecht erhalten, ausser dass es einem Settlor erlaubt ist, ein Trust seinem Zwangserben hinsichtlich des ganzen Nachlasses oder eines Teiles davon aufzuerlegen, wenn das Einkommen daraus nicht angesammelt wird.²⁾ So hat Louisiana unter Aufnahme des Trusts die unveränderte Légitime beibehalten, ohne dass sich dadurch Reibungen ergeben hätten; es ist im Gegenteil, wie oben angedeutet, selbst fähig, in Form des Trusts aufrecht erhalten zu werden.³⁾

1) Vgl. J. Mayda, a.a.O. 1054 ff.; R. Lee, The civil Law and the Common Law, 14 Michigan L.Rev., Ann Arbor 1915, S. 99: It is remarkable that, where as testamentary disposition was unknown to the early Germans, and an Englishman could not, before 1540, dispose of his land by will, unless by special custom, on the other hand the completest freedom of testation was recognized by Rome as early as the XII Tables. From such beginnings the two systems have travelled in exactly opposite directions.

2) Hierzu F. Stone, Trusts in Louisiana, 1 International and Comparative Law Quarterly, London 1952, S. 372.

3) Siehe J. Wisdom, a.a.O. 82; R. Patton, a.a.O. 549, sagt bei der Betrachtung des Légitimes: First, it does not affect the disposable portion. Second, as to the community, the légitime is subject to the usufruct of the surviving spouse, during her life time; and, as to separate property, the parent as natural tutor has the administration during the minority of the heir. Thus, the heir is accustomed to deferred enjoyment, though he may have absolute ownership. Third, what is to prevent the law from preserving the légitime, but allowing it to be held in Trust? In Louisiana the situation is handled neatly by providing that the légitime may be left in Trust, but the income from the légitime shall not be accumulated. (Louisiana Act 81 of 1938, § 3) By implication the income from the disposable portion may be accumulated.

G. Probleme der Gerichtsverwaltung und Aufsicht.

Die anglo-amerikanischen Gerichte haben ausgedehnte und ausserordentliche Aufsichtsgewalten über den Trust. Die Kenntnis und Erfahrung, die von diesen Gerichten für befriedigende Amtsausübung gefordert werden, bewirken eine Besorgnis bei den Zivilrechtlern.¹⁾ Sie argumentieren ganz einfach, dass das Gesetzesrecht (Civil Law) den Trust nicht enthalte, deshalb sind die Gerichte sich der Aufgabe weder bewusst, noch besitzen sie die notwendige Erfahrung für wirksame Regelung und Verwaltung des Trusts.

Die Aufsichtsgewaltigen der Common-Law-equity-Gerichte finden trotz ihrer Ausgedehntheit entsprechende Gegenstücke im Zivilrecht. Gubler²⁾ sagt beim Vergleichen der Common-Law-Gerichtsfunktionen mit dem Schweizer Recht: "In vielen Fällen scheint der equity-Richter die Ausübung einer Aufsichtsfunktion, die mit derjenigen unserer Vormundschaftsbehörden über den Vormund oder mit derjenigen staatlicher Administrationsbehörden über die Tätigkeit eines Stiftungsorgans vergleichbar ist, zu kombinieren mit der spezifischen Rechtsprechung, die in der richterlichen Erkenntnis über ein Feststellungsbegehren vorliegt."

Französische Gerichte haben durch die tutela³⁾ und den

1) Vgl. P. Lepaulle, *Traité théorique*, a.a.O. 418.

2) F. Gubler, a.a.O. 418 ff.

3) Hierüber P. Lepaulle, *Trust Substitutes*, a.a.O. 1134: The tutor is supervised by a family council in some civil law countries (France, Spain, Switzerland, and Italy for instance) by a court appointed supervisor, or board of three lawyers; Art. 405 ff. Code Civil; siehe Art. 281 ff. Louisiana Civil Code of 1870.

curator¹⁾ langjährige Erfahrung in Treuhandaufsicht (Fiduciary).²⁾

Im deutschen Recht üben das Vormundschaftsgericht³⁾ und das Nachlassgericht⁴⁾ Funktionen aus, die man als eine angemessene Vorbereitung für die Annahme ausgedehnter Funktionen innerhalb des Trusts betrachten kann.

Die europäischen Gerichte haben auch den Trust unmittelbar beachtet. Es gibt eine Anzahl Fälle, in denen die Zivilgerichte den Common-Law Trust zu berücksichtigen hatten und ihn anerkannt haben.⁵⁾ Diese Berührung mit dem Trust ist sicherlich eine grosse Bereicherung für die Gerichte und die Gesetzgebung, wenngleich sie von manchen vielleicht als unbefriedigend angesehen wird. Sie trägt ausserdem dazu bei, die Meinung zu zerstreuen, dass die Zivilgerichte die Trustaufgaben nicht kennen.

Die anfängliche geringe Vertrautheit mit dem Trust wird sich als Nachteil herausstellen; überprüft man jedoch die analogen Aufgaben der Zivilgerichte (Civil Law Gerichte) und die Geschichte der Verwaltungstätigkeiten von Zivilrichtern (Civil Law Richtern), so kann dieser Nachteil leicht überwunden werden.

1) Hierüber H. Batiffol, a.a.O. 22: The curator of bona vacantia, the judicial administration for settling disputes in connection with estates, and the trustee in bankruptcy, are appointed by the court to administer property

2) Vgl. R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 550 ff.

3) Darüber E. Cohn, M. Wolff, a.a.O. 178, section 557; §§ 1812, 1821, 1822, 1827, 1840 und 1799 BGB; Die Pflegschaft gehört auch zu diesem Gebiet, §§ 1909-1921 BGB.

4) Siehe E. Cohn, M. Wolff, a.a.O. 204 Section 642; §§ 1960, 1981 ff. BGB.

5) Hierüber A. Nussbaum, a.a.O. 424 und zitierte Fälle; P. Lepaulle, Traite théorique, a.a.O. 365 ff. und zitierte Fälle; F. Weiser, a.a.O. 69-70.

H. Sozialismus und Furcht vor fremden Begriffen.

Der Charakter des Trusts scheint vom Betrachter abzuhängen. Nussbaum¹⁾ spielt auf seinen individualistischen Charakter an und findet, dass er mit dem europäischen Zug zum Sozialismus in Widerspruch stehe. Lepaulle²⁾ neigt dazu, die soziale Seite zu betonen; er bemerkt, dass man bei der Erklärung des Trusts eine soziale Theorie subjektiver Rechte anwenden solle, die sich selbst in Gegensatz zu den klassischen auf dem Individualismus beruhenden Theorien stellen. Wisdom³⁾ schreibt: "Der Trust ist ein Wort mit vielfacher Bedeutung. Gray roch er nach Sozialismus; Franklin ist er eine Zuflucht für den Kapitalismus. Manchen ist er lediglich ein Werkzeug zur Steuerersparnis; für Gilbert Stephenson ist die Existanz des Trusts überhaupt nicht gerechtfertigt, solange er ungeachtet der Steuerersparnisse keinen Trustdienst leistet." Das Zivilrecht umfasst verschiedene Theorien hinsichtlich der wahren Natur des Trusts, was ganz verständlich ist.⁴⁾ Zu sagen, dass der Trust mit der extremsten zivilrechtlichen Individualitätsidee, die sich in seinem Eigentumsrecht widerspiegelt, in Widerspruch stünde, während man gleichzeitig argumentiert, dass der Trust wegen individualistischen Charakters unvereinbar

1) A. Nussbaum, a.a.O. 420.

2) P. Lepaulle, *An Outsiders Viewpoint*, a.a.O. 61.

3) J. Wisdom, a.a.O. 97; J. Gray, *Restraints on Alienation of Property*, 1st. ed. 1883, Preface to 2ed. 1895 ix; M. Franklin, *Review of Lepaulle's Traité des Trusts*, 8 *Tulane L. Rev.*, 1934, S. 475; G. Stephenson, *The American System of Trust Business*, 1936; Robinson, *Saving Taxes in Drafting Wills for Trusts*, 1933.

4) Vgl. F. Weiser, a.a.O. 2.

mit dem Zivilrecht sei, hiesse die Inkonsequenz und Konfusion, die vieles von der zivilrechtlichen Annäherung an den Trust begleitet, scharf unterstreichen.

Nussbaums Annahme¹⁾, dass Zeit und Zug zum Sozialismus gegen die Trustidee auf dem Kontinent arbeiten, muss im Hinblick auf das Erscheinungsjahr 1938 gesehen werden.²⁾ Ironischerweise haben Zeit und trend gegen Nussbaums Annahme gearbeitet. Der Sozialismus (wie er in Europa ausserhalb des Eisernen Vorhanges besteht) hat die von Idealisten dafür vorhergesagten Verhältnisse oder Ziele nicht erreicht. Er ist nicht wie prophzeit der Nachfolger oder die Bedrohung für individuelle Unternehmen geworden.

Vollkommen bestürzt erkennt man, dass Nussbaum Typen des Sozialismus nicht zu unterscheiden vermag.³⁾ Um die Verein-

1) S.o.S. 62 Anm. 1.

2) Der Wiederaufstieg des europäischen Wirtschaftslebens in der Nachkriegszeit hat gleicherweise eine Umwandlung in der Politik gezeigt; in ganz Europa mit Ausnahme der Länder hinter dem Eisernen Vorhang haben die konservativen Elemente politische Macht erlangt, sei es in England, Deutschland, Italien oder Frankreich (man muss zugeben, dass das heutige Frankreich dem Untersuchenden ein politisches Problem darstellt, obwohl man schwer die Ähnlichkeit mit einem demokratischen Totalitarismus erkennen kann). Das bedeutet noch keinen Rückgang, alles andere als das, aber es offenbart, bis zu welchem Ausmass der Sozialismus angenommen worden ist.

3) A. Nussbaum, a.a.O. 420: Other features of the Trust are, too repugnant to the continental spirit. This is particularly true with regard to its individualistic character, so alluring to Anglo-Saxon disposition. The trend on the continent is rather towards socialism, be it of the bolshevik or the fascist or the democratic type; J. Mayda, a.a.O. 1055 Anm. 58, sagt auf A. Nussbaums These: Besides a slight eyebrow lift a political scientist will experience seeing the three types of socialism and "socialism" so simply juxtaposed, one may be allowed to suggest, with all respect due to Professor Nussbaum, that this particular line of division or counter-distinction between legal-economic individualism and socialization seems to be drawn in that somewhat light-handed and simplified which has characterized so much of the comparative analysis of Common and civil Law.

barkeit von Sozialismus und Trust zu illustrieren, braucht man nur in England den Nährboden und andere grosse Festungen des Trusts¹⁾ zu betrachten, die sie wie Frankreich und Deutschland nationalisiert und sozialisiert haben.

Ein unfassbares, aber deutlich bestehendes Hindernis für die Aufnahme des Trusts ist die Furcht des Zivilrechts, irgendeine fremde Institution, welche die überlieferte Struktur der Rechtsidee bedrohen möchte, zuzulassen. Diese Sorge hinsichtlich des Trusts wurde von Gubler²⁾ offen erläutert: "So ist es zwar theoretisch möglich, dass der schweizerische Gesetzgeber das law on trusts recipierte, indem er es kodifizierte, und in Rechtskraft setzte ... Aber der lebendige Organismus unseres Rechts würde dabei m.E. in Aufruhr geraten, die Begriffsharmonie unseres Systems würde zerstört". Huber³⁾ drückte auch Besorgnis aus, aber sie kann nicht als Ablehnung ausgelegt werden, sondern vielmehr als ein Zeichen von Vernunft

1) Amerika ist das andere Land.

2) F. Gubler, a.a.O. 426.

3) E. Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Ausgabe, Bern 1914, Bd. 1, S. 7: Man darf nicht vergessen, dass jedes Rechtsinstitut in seiner besonderen Ausgestaltung auf seinen eigenen Wurzeln erwachsen ist. Es ist in der Luft und auf dem Boden gross geworden, wo es lebt, und zwar nicht an einem Tage, sondern im Laufe von Jahrhunderten.... Man wird daher in der Regel nicht einfach eine fremde Einrichtung aufnehmen können, sondern zumeist wird der eminente Gewinn aus der Vergleichung nur darin, aber auch gerade darin bestehen, dass man aus den ausländischen Vorbildern ersieht, wie dort die Bedürfnisse erkannt und berücksichtigt worden sind. In der formalen Anlehnung liegt das Nützliche der Vergleichung und nicht in der Kopie.

und Bereitschaft zu lernen, jedoch mit Vorbehalten. Roth¹⁾ vertritt auch einen rationalen, objektiv weitherzigeren Standpunkt und gibt der Möglichkeit Raum, dass das Zivilrecht zu seinem Vorteil vom Common Law lernen kann.

Eine zweifelnde Stellung nehmen besonders die deutschen Juristen ein, die die Annahme fremder Institutionen und Begriffe missbilligen. Sie vergessen für den Augenblick die Geschichte des deutschen Rechts und seine grossartige, bedeutungsreiche Rezeption des römischen Rechts, eines völlig fremden mit dem alten deutschen Recht unvereinbaren Systems, eines Rechtssystems, dessen Wurzeln niemals deutschen Boden berührt haben.

Furcht, Stolz, Tradition oder Unnachgiebigkeit sind schwache Einwände gegen die Annahme eines fremden Begriffs, das ein Rechtssystem fördern und bereichern würde. Die Entwicklung des Rechts ist nicht starr. Es muss seiner Natur nach den Erfordernissen der Zeit entsprechen. Juristen von Roth's²⁾ Art verwirklichen die wertvollen Möglichkeiten eines fremden Rechtssystems für ihr eigenes, indem sie das fremde prüfen und, wenn es vorteilhaft erscheint, aus dem fremden Rechtssystem einen Begriff übernehmen, der ihrem eigenen nur nützen kann.

1) H. Roth, a.a.O. 305: Ganz gewiss besitzt das deutsche Volk tiefere Werte und eine reichere Gedankenwelt als das Angelsachsentum. Aber im praktisch-konsequenten, organischen Ausgestalten und Verwerten fruchtbarer Ideen ist ihm dieses überlegen. Gerade die englische Rechtsgeschichte kann uns darin Lehrmeister sein.

2) A.a.O.

Ein ausgesprochenes Hindernis gegen die Aufnahme des Trusts ist das Bestehen analoger Institutionen innerhalb des Zivilrechts. Eine Analyse der verschiedenen Institutionen und eine Schilderung ihrer Ähnlichkeiten und Unähnlichkeiten mit dem Trust erfordert grösseren Raum und eine eingehendere Betrachtung. Das nächste Kapitel ist dieser Betrachtung gewidmet.

III. Analoge Zivilrechtsinstitutionen.

Viele Aufgaben, welche der Trust im anglo-amerikanischen Recht erfüllt, werden befriedigend von Institutionen des Zivilrechts durchgeführt.¹⁾ Einer solchen Behauptung zu widersprechen oder sie zu leugnen, wäre widersinnig und ein Zeichen von Unkenntnis. Aber bis zu welchem Grade, wie wirksam und mit welcher Nachgiebigkeit nähern sich die Institutionen des Zivilrechts der Erfüllung von Trustzwecken? Hier liegt ein weiteres anerkanntermassen grundsätzliches Hindernis für die Übernahme des Trust. Warum soll sich das Zivilrecht mit dem Trust beschäftigen, wenn von seinen eigenen Institutionen ähnliche Funktionen erreicht werden?

Zuerst muss man die Institutionen prüfen, bevor man entscheiden kann, was sie für das Erreichen von Trustergebnissen zu leisten vermögen.

A. Deutschland.

Es besteht fast allgemein Übereinstimmung darin, dass Deutschland als das Land anerkannt ist, das sich am meisten um die Schaffung von trustähnlichen Formen²⁾ bemüht hat. In der Treuhand hat Deutschland einen direkten Blutsverwandten des Trust, und gerade mit dieser Institution will diese Darstellung beginnen.³⁾

1) Dazu J. Garrigues, a.a.O. 35.

2) Vgl. F. Weiser, a.a.O. 15, 23.

3) S.o.S. 31 Anm. 1.

1. Treuhänd.

Der strittigen Natur der Treuhänd ist zugeschrieben worden, dass Deutschland es unterlassen hat, das Rechtsinstitut der Treuhänd gesetzlich zu regeln. Das Reichsgericht hat in einer in Band 127 S. 345 veröffentlichten Entscheidung gesagt: "Es gibt keinen ausgesprochenen Treuhändvertrag, der Inhalt rechtlicher Beziehungen muss in Übereinstimmung mit den Umständen des Einzelfalles und im besonderen mit dem Auftrag, auf den er gegründet ist, bestimmt werden. (Das Reichsgericht hat es bereits für fruchtlos erklärt, einen Vertrag als einen Treuhändvertrag zu kennzeichnen und einen Fall auf dieser Grundlage zu entscheiden.¹⁾)

"Wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen, ist nach einem aus der älteren deutschen in die moderne deutsche Rechts-sprache übergegangenen Ausdruck ein Treuhänder. Man erwartet von ihm Uneigennützigkeit und Treue im Gebrauch seiner Rechte. Die empfangende Hand wird als treue Hand (*manus fidelis*) vermutet.²⁾" So versucht A. Schultze den Treuhänder zu

1) Hierüber H. Würdinger, a.a.O. 32, zitiert die Leipziger Zeitschrift 1913, S. 395, the following activities are the characteristic functions of the Treuhänder, affirms the Kammergericht (Decision I a 449/22 of September 20, 1922):

- (1) General Treuhänd functions, namely investment and administration in the name of the Treuhänder of another's assets.
 - (2) Protection of creditors against risk of loss, protective associations vis-à-vis foreign governments and companies.
 - (3) Auditing of ledgers and balance sheets.
 - (4) Advising in economic matters and in matters concerning taxation and investments;
- siehe W. Nachod, a.a.O. 98; W. Siebert, a.a.O. 16; s.u.S.79, Anm. 2.
- 2) A. Schultze, Treuhänder, a.a.O. 1.

definieren. W. Siebert¹⁾ erklärt die Verwandtschaft auf diese Weise: "Treuhänder ist eine natürliche oder juristische Person, die von einem anderen (dem Treugeber) Vermögensrechte zu eigenem Recht erworben hat und diese Rechte zwar im eigenen Namen, aber nicht (oder wenigstens nicht ausschliesslich) im eigenen Interesse ausüben soll". "Als deutschrechtliche Treuhand bezeichnet man ein Rechtsverhältnis.... bei dem der Begünstigte vielmehr eine unmittelbare Rechtsbeziehung zum Treuhandgegenstand hat." ²⁾

Die Möglichkeit, einen Treuhänder zu schaffen, der gerade die erwünschte und notwendige Befugnis zu einer wirksamen Ausübung seines Amtes, aber nicht ein Recht hat, das er missbrauchen könnte, mit anderen Worten, ein beschränkt dingliches Recht sui generis zu schaffen, wird von dem bekannten numerus clausus der dinglichen Rechte und § 137 BGB verhindert. Folglich muss man nach einer diese Hindernisse umgehenden Methode suchen und doch durch eine Verbindung von Elementen im positiven Recht ein abgeändertes oder beschränktes Eigentumsrecht des Treuhänders schaffen. Die berühmteste Annäherung ist die von A. Schultze³⁾ zuerst verfochtene auflösende Bedingung.

1) W. Siebert, a.a.O. 10.

2) L. Söldner, a.a.O. 65.

3) A. Schultze, Treuhänder, a.a.O. 1 ff.

(a). Die auflösende Bedingung.

Das Eigentum wird auf den Treuhänder übertragen, und zwar unter der Bedingung, dass es automatisch auf den Treugeber zurückfällt, wenn der Treuhänder das Treugut verkauft¹⁾, einen Treuebruch begeht, stirbt, in Konkurs gerät oder wenn seine Gläubiger das Treugut pfänden. § 161 BGB bestimmt ausdrücklich, dass Handlungen, die von einer Person begangen werden, die einer auflösenden Bedingung unterworfenen Eigentümer ist, "unwirksam" sind, wenn solche Handlungen die beabsichtigte Wirkung der Bedingung aufheben würden. Deshalb genießen an der Treuhand interessierte Parteien gegen dritte Personen Schutz.

Obgleich manchmal § 137 BGB gebührendes Interesse bezeugt wurde, scheint doch die allgemeine Meinung die auflösende Bedingung zu unterstützen, als läge sie nicht im Streit mit § 137 BGB. Autoren, die A. Schultzes Standpunkt beipflichten, sind Fischbach²⁾, Schöny³⁾ und Heymann.⁴⁾

Polemiken über die auflösende Bedingung gibt es überaus reichlich. Was sind die Unzulänglichkeiten im Vergleich mit der Treuhand? Die sichtbarste Schwierigkeit besteht in der Formulierung einer auflösenden Bedingung, die sich allen möglichen Vorfällen und Erfordernissen einer fiduziarischen Beziehung anpasst. Die Aufgabe erscheint undurchführbar.

1) Weiterveräußerung käme darum § 932 BGB Anwendung.

2) O. Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte, Mannheim/Leipzig 1912, S. 207 ff.

3) A. Schöny, Treuhandgeschäfte, Archiv für bürgerliches Recht, XXXV, S. 42 ff.

4) E. Heymann, a.a.O. 42.

Hinsichtlich dieses Problems schreibt H. Roth¹⁾: "Trotz alledem scheint mir die Bedingungskonstruktion nicht nur eine Reihe von technisch-juristischen Komplikationen in sich zu bergen, sondern ihrem Wesen nach auch mit dem Grundgedanken der Treuhand wenig vereinbar zu sein."

Ein ernstes Problem entsteht, wenn der Treugeber nicht der Begünstigte ist.²⁾ In einer solchen Lage würde E. Heymann³⁾ einen Vertrag zugunsten Dritter anwenden; W. Siebert⁴⁾ dagegen würde eine Form der Abtretung der Anwartschaft bevorzugen mit der Erklärung, dass ein "dinglicher" Vertrag zugunsten eines Dritten nicht existiere.

Es gibt aber auch gewisse Rechtsgeschäfte, die überhaupt nicht einer Bedingung unterworfen werden können und die "bedingungsfeindlich" genannt werden, z.B. Zeichnung von Aktien einer Gesellschaft, der Erwerb von Patentrechten und - eine ziemlich wichtige Ausnahme - die Auflassung von Grundstücken.⁵⁾ Es besteht ebenfalls Ungewissheit hinsichtlich des Konkurses des Treuhänders. Ebenso, dass der Treuhänder Eigentümer, und dabei von Strafverfolgung frei ist, obwohl er sich das Treugut widerrechtlich angeeignet hat. Andere Fragen tauchen hinsichtlich des Eigentums auf, das nicht unmittelbar vom Treugeber auf den Treuhänder übergeht,

1) H. Roth, a.a.O. 292.

2) Vgl. E. Heymann, a.a.O. 513; F. Weiser, a.a.O. 34; H. Zimmermann, a.a.O. 57.

3) E. Heymann, a.a.O. 43.

4) W. Siebert, a.a.O. 223.

5) Hierüber F. Weiser, a.a.O. 32 ff.

(Ersterwerb des Treuhänders), wie bei dem vom Treuhänder als Ersatz für die res erworbenen Eigentum (Surrogationserwerb). Geniessen diese Beispiele "dinglichen" Schutz? Und noch einmal, welche Form wendet die Treuhand in diesen Beispielen in dem Fall an, dass der Treugeber nicht der einzige Begünstigte ist? ¹⁾

O. Gierke betonte, dass keineswegs in allen treuhänderischen Rechtserwerben ohne weiteres die Vereinbarung einer Bedingung vorliegt. ²⁾ Die Hauptaufgabe der Vorbereitung einer auflösenden Bedingung (Defeasance Clause) vermindert gewiss die Möglichkeit, dass sie je einen wesentlichen Grad an Popularität erlangen wird. Die Mängel und Unzuverlässigkeiten, die in der Annäherung an die "Auflösende Bedingung" liegen, sind zu zahlreich und gefährlich, als dass sie einen Vergleich mit dem Trust auszuhalten vermöchten.

VERWALTUNGSRECHT - Einige Anstrengungen wurden bei dem Bemühen unternommen, eine Institution, die den Testamentsvollstrecker zum Vorbild hat, ins Leben zu rufen ³⁾ und die dem Treuhänder "dingliche" Verwaltungsrechte geben würde. Dem Treugeber würde eine solche Verwaltung für die Zeit der Treuhand entzogen. So würde der Treuhänder die dinglichen Rechte

1) Vgl. F. Weiser, a.a.O. 32 ff.

2) Siehe E. Heymann, a.a.O. 516; W. Siebert, a.a.O. 418: Auflösende Bedingung und gemeinsame Berechtigung haben im Rahmen der Treuhand wenig oder gar keine selbständigen Funktionen zu erfüllen und treten bei der Frage einer gesetzlichen Regelung in der Hintergrund.

3) A. Schultze, a.a.O. 73: Einen befriedigenden positiven Ausbau, eine festumrissene Konstruktion, angepasst dem historischen Entwicklungsgang und dem Wesen und Zweck des Instituts, vermag nach meiner Überzeugung einzig und allein die deutsche Treuhänderschaft zu bieten; auch S.25 ff., 64 ff.; W. Siebert, a.a.O. 13; s.u.S. 86 ff.

des Treugebers wie zur Verwaltung übernehmen und seine Handlungen würden dingliche Wirkung gegenüber Dritten geniessen.

Man muss jedoch folgern, dass, obgleich diese Theorie den wahren Geist und Gehalt der "alten deutschen Treuhand" enthält und obgleich sich Gelehrte um die Aufgabe bemüht haben, das "dingliche" Verwaltungsrecht beim besten Willen auf den numerus clausus stossen würde, in der Meinung, dass das einzige Mittel in der Gesetzgebung liege.¹⁾

Es ist viel über die Frage der gesetzgeberischen Gestaltung der Treuhand geschrieben worden.²⁾ Diejenigen, welche für die Treuhand nach dem Muster der alten deutschen Treuhand sind, (manche bestehen darauf, dass es die einzig echte Treuhand sei, und schreiben ihr germanischen Ursprung zu), können allgemein mit einer von zwei Meinungen gleichgestellt werden, mit der vorhergehenden "auflösenden Bedingung" oder dem Thema des folgenden Abschnittes" der "Ermächtigung".

1) Vgl. F. Weiser, a.a.O. 35 ff.

2) W. Siebert, a.a.O. 41 ff.; H. Hämmerle, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?, Verhandlungen des sechsunddreissigsten deutschen Juristentages, Berlin-Leipzig 1930, passim.; A. Friedmann, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?, Verhandlungen des sechsunddreissigsten deutschen Juristentages, Berlin-Leipzig 1930, passim.; H. Cahn, Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung des materiellrechtlichen Treuhänderverhältnisses, Z.B.H. 1930; H. Goldschmidt, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?, Referat auf dem 36.D.J.T. Verbandes II. Berlin und Leiptig 1932, S.13; Winckler, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?, D.J.Z. 1931, S. 1136; Schwarzkopf, Treuhand als Gesetzgebungsproblem, Leipzig/Linz a.D. 1930; Meyerstein, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandwesens?, D.J.Z. 1930, S. 1234.

(b). Ermächtigung und Formallegitimation.

Die Ermächtigung stellt eine Konstruktion dar, die man nur als ausgesprochene Einschränkung der Stellung des Treuhänders deuten kann. Die Lehre beruht ursprünglich auf § 185 BGB.¹⁾ Es scheint ungewöhnlich, dass eine derartig verwickelte, technische und komplizierte Lehre ihren wesentlichen Ursprung in einem einzigen Paragraphen des BGB. haben soll.²⁾ Hinsichtlich § 185 BGB. schreibt W. Siebert:³⁾ "Nach dieser Bestimmung ist die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Vom Standpunkt des Nichtberechtigten bedeutet also die Erteilung einer derartigen Einwilligung die Erteilung einer Macht, nämlich der rechtlichen Möglichkeit, im eigenen Namen über fremdes Recht zu verfügen".

So handelt der Ermächtigte in seinem eigenen Namen und nicht in Vertretung eines anderen, und der Ermächtigende bleibt in gleicher Weise berechtigt, hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes alles zu tun, was der Ermächtigte tun kann.⁴⁾

Die Anwendung der Ermächtigungslehre auf die Treuhandschaft ergibt folgendes: Der Treugeber ist Ermächtigender, der Treuhänder Ermächtigter. Die Rechtsmacht des Treuhänders ist eine eigenrechtliche Befugnis, die dem jeweiligen Zweck des Treuhandverhältnisses angepasst werden kann.⁵⁾

1) § 185 BGB I: Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einem Gegen trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. ff.

2) Vgl. F. Weiser, a.a.O. 36.

3) W. Siebert, a.a.O. 235.

4) Siehe F. Weiser, a.a.O. 27.

5) Vgl. W. Siebert, a.a.O. 238.

Hier ist der numerus clausus überwunden, und dem Treuhänder ist die notwendige Befugnis gegeben.

Es ist bemerkenswert, dass Ihering der erste war, der die Ermächtigung von der Vollmacht unterschied. ¹⁾ Der Bevollmächtigte erscheint als dominus negotii, handelt nicht in seinem eigenen Namen und ist nicht an einen bestimmten Gegenstand gebunden. Der Ermächtigte wird als dominus rei betrachtet, der in seinem eigenen Namen handelt und auf einen bestimmten Zweck beschränkt ist. ²⁾

Aus der Verbindung von "Ermächtigung und Formallegitimation" ³⁾ ergibt sich eine Treuhand, die dem gewünschten beschränkt dinglichen Recht sui generis nahekommmt. Als Grundlage für eine Treuhandkonstruktion sind die Ermächtigung und die Formallegitimation normalerweise vereint oder verbunden, wobei sie einen Treuhänder schaffen, dessen Stellung formvollendet und klar ist, und dessen Machtbefugnisse allen sichtbar sind. (Der äussere Anschein gibt ihm mehr Befugnisse, als er in Wirklichkeit hat). Überall dort, wo eine neutrale Form der Legitimation zur Verfügung steht, kann durch Übertragung der Form ohne gleichzeitige Übertragung des Rechts selbst für einen anderen eine gewisse Macht, nämlich die Legitimation, geschaffen werden. Grundlage einer derartigen Legitimation können sein: das Indossament bei Orderpapieren, die Papier-

1) Hierüber W. Ludwig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1932, S. 2.

2) Vgl. L. Söldner, a.a.O. 67 ff.

3) F. Weiser, a.a.O. 37: "... the famous "Formallegitimation" (proforma authority) which by some is even thought to be an independent means of constituting a Treuhand; In diesem Zusammenhang lies die Widerlegungen von W. Siebert, a.a.O. 234, und H. Hämmerle, a.a.O. 690.

innehabung bei Inhaberpapieren, überhaupt der Besitz bei beweglichen Sachen, u.U. auch der Grundbuchinhalt bei Grundstücken.¹⁾ Als Folge hat der Treuhänder einen machtvollen Rechtsschein.

Ein Schutz des Treugeber-Begünstigten gegen Dritte, das Eigentum erwerbende Personen ist erreicht; denn er hört niemals auf, rechtlicher Eigentümer der res zu sein. Wenn der ermächtigte Treuhänder mit einer Formallegitimation ausgestattet wird, z.B. durch Indossament auf einem Wechsel usw., wird die dritte Person, wenn sie bona fide ist, geschützt.²⁾ Besonders wo dem Treuhänder eine Formallegitimation mittels Wertpapieren gegeben wird, kann die Konstruktion der Ermächtigung-Formallegitimation einen gewissen Erfolg erzielen, hauptsächlich, da dort der Besitz des Papierees Voraussetzungen der Geltendmachung des Rechts ist. Dass der Ermächtigte-Treuhänder niemals das Eigentum rechtlich besitzt, gibt dem Treugeber strafrechtlichen Schutz. Der Tod des Treuhänders beendet automatisch die Treuhand und bildet deshalb niemals ein Problem.³⁾

Bei einer Überprüfung treten jedoch die Schwächen dieser Konstruktion zu stark hervor, als dass sie eine wirkliche Hilfe oder einen Vergleich mit dem Trust gewährleisten.⁴⁾

1) Vgl. W. Siebert, a.a.O. 234.

2) § 932 BGB.

3) A. Friedmann, a.a.O. 1095, scheint die Entwicklung und Ausdehnung der Ermächtigung als das Ziel der Treuhand zu begünstigen: wer zum Treuhänder aufgrund einer Treuhänderurkunde bestellt ist, übt die ihm am Treugut vom Treugeber übertragenen Verwaltungs- und Verfügungsrechte selbständig und im eigenen Namen, aber als Treuhänder aus.

4) H. Hämmerle, a.a.O. 690; A. Friedmann, a.a.O. 842, 1016.

Eine Identifizierung der res im Falle ihrer Veränderung ist gewiss durch die "Ermächtigungs-Formallegitimationsdoktrin" ausgeschlossen. Der Eigentumserwerb würde auch ausgeschlossen sein, da sich § 185 BGB. nur auf Verfügungsakte bezieht. "Bemerkenswert ist, dass auch hier treuhänderischer Ersterwerb und Surrogationserwerb ausser bei offener Stellvertretung keine selbständigen Treugutsbegründungsmöglichkeiten darstellen", folgert Siebert.¹⁾

Diese Konstruktion ist auch für Grundstücke ausgesprochen unbefriedigend. Ebenso versagt die Ermächtigungs-Formallegitimationsdoktrin, da der Ermächtigte-Treuhänder niemals etwas zusichert und niemals ein Eigentumsrecht hat, wenn der Treugeber und Begünstigte nicht identisch sind.

"Vor allen in Deutschland erwogenen Lehren, die das Ziel hatten, eine theoretische Grundlage für trustähnliche Muster zu finden, ist die "Ermächtigung" dem Trust zugunsten dritter Begünstigter am feindlichsten gesinnt, was dem Angelsachsen typisch und sehr wichtig erscheint und was selbst deutschen Schriftstellern mehr und mehr betrachtenswert ist."²⁾

Ein weiterer Versuch wurde auf diesem Gebiet gemacht, um eine echte auf der Vollmacht gegründete Treuhandinstitution

1) W. Siebert, a.a.O. 313.

2) F. Weiser, a.a.O. 39.

zu entwickeln.¹⁾ Wie oben gesagt, erscheint der Bevollmächtigte als dominus negotii und handelt der Bevollmächtigte (der Treuhänder wäre) in fremdem Namen.

Diese Konstruktion hat gewisse Vorteile, besonders darin, dass die Vollmacht im deutschen Gesetz klar dargestellt und von ihm geregelt ist.²⁾ Ausserdem besteht die Möglichkeit, sogar im Falle eines Vollmachtsmissbrauches gegen Dritte vorzugehen, auch wenn der Bevollmächtigte seine Vollmacht nicht überschritten hat und wenn die allgemeinen Vorschriften (§ 826 BGB) versagen.³⁾

Aber ein Vergleich der Vollmacht mit der Treuhand erfordert ein Missverstehen des Trust und seiner Aufgaben oder eine unrealistische Übertreibung der Vollmachtsmöglichkeiten. Der Bevollmächtigte (Treuhand) kann nicht in seinem eigenen Namen handeln. Das gerät nicht nur mit der Grundidee des Trust, sondern auch mit der Treuhand in Konflikt. Der Bevollmächtigte kann nur den Treugeber verpflichten, nicht sich selbst. Man würde sich ständig wiederholen, wollte man die ungünstigen Ergebnisse aufzählen; es genügt zu sagen, dass die Befugnisse und dinglichen Rechte des Trustees, Ersterwerb, die dingliche Wirkung des Drittbegünstigten, die dingliche Surrogation und eine "Following the fund" Doktrin den Trust zu einer Institution machen, der wenig Ähnlichkeit mit irgendeiner Vollmachtskonstruktion hat.

1) Rhode, Juristische Person und Treuhand, Berlin 1932, gründet das Treuhandverhältnis auf eine durch Besitzübertragung geschaffene dingliche Zweckbindung des Treugebers, verbunden mit einer Vollmacht für den Treuhänder.

2) Dazu W. Siebert, a.a.O. 157.

3) L. Söldner, a.a.O. 70.

2. Die Fiducia.

Die Fiducia erfreut sich einer starken Stütze im Kampf mit den "wahren deutschen Treuhand"-Konstruktionen als der ersehnten Form für eine weitere Entwicklung oder Kodifikation der Treuhanddoktrin. Ohne befürchten zu müssen, sich zu widersprechen, kann man sagen, dass die Fiducia eine grössere Rolle im Geschäfts- und Rechtsleben Deutschlands spielt als die anderen oben erwähnten Institutionen.¹⁾

Sie ist vom Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen anerkannt worden,²⁾ während die anderen Institutionen, nämlich auflösende Bedingung und Ermächtigung, hauptsächlich im theoretischen Bereich existieren.

1) W. Siebert, a.a.O. 146: Es ist schon oben ausgeführt worden, dass die Fiducia die älteste und lange Zeit hindurch die einzig anerkannte Rechtsform der Treuhand gewesen ist. Und noch für den heutigen Rechtszustand werden vielfach Treuhandverhältnisse und fiduziarisches Rechtsverhältnis gleichgesetzt, oder es wird wenigstens behauptet, dass ein Treuhandverhältnis nur in dieser Form geschaffen werden könne.

2) Hierüber L. Söldner, a.a.O. 71, Anm. 182; A. Friedmann, a.a.O. 858-ff.: Diese "Fiducia" ist es, die das Reichsgericht seit 1889 beschäftigt hat. Sie heisst auch beim Reichsgericht zunächst "Fiducia", und das Reichsgericht spricht von fiduziarischen Geschäften. Seit 1909 tritt in den veröffentlichten Entscheidungen die sich schon früher in den Lehrbüchern der Institutionen als Übersetzung der "Fiducia" vorfand; bei vier Fällen hat die Rechtsprechung des Reichsgerichtes die Fiducia anerkannt und entwickelt. Die vier Fälle sind:

- a) die gewöhnliche fiduziarische Übertragung von Sachen und Rechten,
- b) die Inkasso - und Sicherungszession,
- c) das Inkassomandatindossament,
- d) die Sicherungsübereignung.

RGZ. 79, 121 (20.3.1912) S. 121; RGZ. 84, 214 (19.2.1914), S. 217; RGZ. 91, 12 (10.10.1917), S. 14; K.G. v.20.10.1922, JFG. Bd. 1 S. 192 und 24.8.1931, JFG. 9 S. 104; RGZ. 94, 305 (5.11.1918) S. 307; LZ. 1928, 1248 (7.6.1928): RGZ. 127, 341 (6.3.1930) S. 344; Komment. der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter 10. Aufl. Berlin 1953, Bd. I, Vorbem. 1 zum 5.Titel.

Die heutzutage in Deutschland bestehende Fiducia lehnt sich eng an die römische Institution desselben Namens an. Die Konstruktion umschliesst im wesentlichen eine Übertragung des Eigentums von dem Fiduzianten-Treugeber auf den Fiduziar-Treuhänder, der dann unbeschränkter Eigentümer des Gegenstandes wird. Gleichzeitig verspricht der Treuhänder durch das pactum fiduciae, sein Eigentumsrecht nur in einer bestimmten Weise zu gebrauchen. Dieses pactum fiduciae schafft hinsichtlich des Treuhänder-Treugeberbeziehung nur ein vinculum juris.¹⁾

"Wer von einem anderen oder für ihn Vermögensrechte zu eigenem Recht erwirbt, in der Ausübung aber durch die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Interessen obligatorisch beschränkt ist, ist fiduziarischer Treuhänder."²⁾ Daher verfügt der Treuhänder über ungeheure Machtbefugnisse in dem Sinne, dass er unbeschränkter rechtlicher Eigentümer des Gegenstandes auch gegenüber dem Treugeber ist, der nur einen obligatorischen Anspruch oder ein Recht in personam hat. In der Tat hat der Treuhänder als solcher offensichtlich übergrosse Befugnisse, d.h. mehr als notwendige, um ihren Zweck zu erfüllen. Wenn der Treuhänder gegen das pactum fiduciae verstösst, hat der Treugeber nur einen persönlichen Anspruch gegen den Treuhänder und seine Mitarbeiter.

1) F. Weiser, a.a.O. 23 ff., weist auf die Geheimhaltung als Bestandteil des pactum fiduciae hin und erwähnt, dass manche Schriftsteller meinen, Fiducia und geheime Treuhand seien synonyme Ausdrücke.

2) W. Siebert, a.a.O. 211.

Das Reichsgericht hat ausserordentlich zur Entwicklung und Klärung der Fiducia beigetragen.¹⁾ Man ist besonders von der Entwicklung des Schutzes beeindruckt, den die gerichtlichen Entscheidungen dem Treugeber bieten.

Es gibt zwei Gebiete, auf denen das Gericht und das deutsche Recht den Treugeberschutz geschaffen haben. "Der Fiduziant kann bei einer Zwangsvollstreckung des Gläubigers des Fiduziars widersprechen (§ 771 Z.P.O.) und hat im Konkurs des Fiduziars ein Aussonderungsrecht (§ 43 K.O.)²⁾ So kann im Falle eines Konkurses des Treuhänders der Treugeber seine Zuflucht zu § 43 K.O. nehmen, der ihm ein Aussonderungsrecht gewährleistet, d.h. er kann die Herausgabe des Treuguts als sein Eigentum von dem Konkursverwalter verlangen. § 771 Z.P.O. gibt dem Treugeber ein Widerspruchsrecht bei einer Zwangsvollstreckung, die von Gläubigern des Treuhänders durchgeführt wird.

Die Gerichte und die Gesetzgebung scheinen mit der Fiducia zufrieden zu sein und haben keine Neigung gezeigt, gegen sie einzuschreiten oder sie zu ändern. Und obgleich durch die Bemühungen des Reichsgerichts der Treugeber (Fiduziant) in bestimmten Fällen Schutz gegen dritte Personen gewonnen hat, obwohl er dem Treuhänder unbeschränktes Eigentumsrecht überträgt, zeigt die Institution augenfällige Mängel, die sie daran hindert, grössere Wirksamkeit zu haben.

1) Dazu A. Friedmann, a.a.O. 46, Anm. 2; H. Zimmermann, a.a.O. 64.

2) Vgl. A. Friedmann, a.a.O. 862; W. Siebert, a.a.O. 159 ff.; H. Würdinger, a.a.O. 36 ff.

Die offensichtlichste Schwäche zeigt sich, wenn der Treuhänder seine Verpflichtung bricht, z.B. wenn er die res unter Verletzung des pactum fiduciae an einen Dritten veräußert. Der Dritte erlangt volles Eigentumsrecht und der Treugeber kann nur wegen des Vertragsbruchs von dem Treuhänder, der seine Verpflichtungen verletzt hat, Schadenersatz verlangen. Er kann die Rückgabe der res von dem Dritten nicht beanspruchen, selbst wenn dieser als Käufer nicht gutgläubig war. Die einzige Ausnahme besteht dann, wenn der Dritte in dolo handelt.¹⁾

Was die quasi-dingliche Wirkung der Fiduzia anbetrifft, so kann sie sich ganz sicher auf nichts anderes als die ursprünglichen res erstrecken; sie kann sich niemals auf den Gegenstand beziehen, der die ursprünglichen res ersetzt. Die Lehre der dinglichen Subrogation erscheint nur in ganz bestimmten vom Gesetz behandelten Fällen.²⁾

1) H. Würdinger, a.a.O. 31: For the third party and the Treuhänder then commit a joint tort and the injured Treugeber can claim return of the thing from the third person by way of compensation for his tortious and immoral conduct. This is a rare case; O. Palandt, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1910, Einf. 3 zu § 164, schlägt vor, dass das Treuhandvermögen Sondervermögen sei und dass eine treuwidrige Verfügung des Treuhänders unwirksam sei, es sei denn, der Erwerber war im guten Glauben bezüglich der Verfügungsmacht des Treuhänders. Das ist ein vereinzelter Standpunkt.

2) H. Würdinger, a.a.O. 34: real subrogation is the process by which an object which is acquired in return for property belonging to a separate estate ipso iure becomes a part of the separate estate. Our legislation knows subrogation only in specified individual cases, e.g., in the law of matrimonial régimes or infant's property, and in the law of succession; Reichsgericht - 19.2.1937, vol. 153, S. 370; W. Siebert, a.a.O. 197; E. Heymann, a.a.O. 509.

Wenn der Fiduziar sterben sollte, ist die Lage des Treugeber-Begünstigten noch nicht geklärt.¹⁾ Sie wird noch verwickelter, wenn der Fiduziar eine letztwillige Verfügung trifft.

Auch die Gültigkeit des strafrechtlichen Schutzes ist zweifelhaft und wird verschieden beurteilt.²⁾ Der Treuhänder hat, wenn er das pactum fiduciae bricht, ein unbeschränktes Eigentumsrecht an dem Treugut und kann prima facie darüber verfügen, ohne in rem Rechte zu verletzen.

Schliesslich verursacht das strittige Problem der Drittbegünstigten wieder ernste Befürchtungen und Sorgen. Es ist zweifelhaft, ob eine Fiduzia mit dinglichen Wirkungen entsteht, wenn der Treugeber und der Begünstigte nicht ein und derselbe sind. Das wohl begründete Prinzip, dass es keine dingliche Wirkung zugunsten Dritter gibt, oder kein Übereinkommen, das dingliche Rechte auf dritte Personen überträgt, geben kann, würde die begrenzten dinglichen Wirkungen, die dem Treugeber durch die Lehre von der Fiduzia eingeräumt sind, verringern.³⁾

Jede Untersuchung der Fiduzia wäre ohne eine genaue Beachtung des Sicherungseigentums unvollständig. Im allgemeinen denkt man in Deutschland, wenn man sich mit der Treuhand beschäftigt, an die Fiduzia und bei Erwähnung der Fiduzia

1) A. Friedmann, a.a.O. 877, er sieht eine Gefahr in solchem Falle; W. Siebert, a.a.O.: Der Schutz des Fiduzianten bei dem Tode des Fiduziars ist also im ganzen genau so unvollkommen wie der Schutz gegen pflichtwidrige Verfügungen des Fiduziars unter Lebenden.

2) A.a.O. 179.

3) W. Siebert, a.a.O. 201, vertritt den entgegengesetzten Standpunkt, obgleich er bei der auflösenden Bedingung eine gegenteilige Stellung einnahm.

denkt man an die Sicherungsübereignung. Die Lehre schliesst eine Übertragung der Sicherheit in sich. Dies ist eine Art Umgehung des Rechts, die unter Vermeidung der in § 1205 BGB verlangten Übertragung des Besitzes ein Pfandrecht an beweglichen Sachen ermöglicht. Im Zusammenhang mit der Fiduzia betrachtet das Reichsgericht den Übertragenden als den Fiduziar-Treuhänder und der Erwerbende wird der Fiduziant-Treugeber.¹⁾

Hier wird der Fiduziar gegen die Gläubiger (Zwangsvollstreckung) des Fiduzianten (durch Widerspruchsrecht) geschützt, und im Falle des Konkurses hat er lediglich das Recht zu verlangen, dass das Treugut in erster Linie zu seiner eigenen Befriedigung benutzt wird. (Er hat im Konkurs kein Aussonderungs-, sondern ein Absonderungsrecht).²⁾ Der Übertragende-Fiduziant kann die Gläubiger des Fiduziars daran hindern, das Treugut für ihre Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zu benutzen. So werden der Fiduziar-Empfänger und der Fiduziant-Übertragende vom Reichsgericht ähnlich behandelt.

Obgleich das Sicherungseigentum von den Gerichten anerkannt ist, ist es im positiven Recht nicht geregelt.³⁾

Die Mängel dieser Konstruktion, einer dinglichen Wirkung nach der Art des Trust nahezu kommen, bestehen in gleichem Masse wie bei der Fiduzia. Es gibt kein "Ersatz-Trusteigentum" (following the trust property) (dingliche Subrogation); keinen

1) Darüber A. Friedmann, a.a.O. 873; H. Zimmermann, a.a.O. 8.

2) Siehe E. Cohn, a.a.O. 117; A. Friedmann, a.a.O. 873-4.

3) Vgl. E. Cohn, a.a.O. 117, Section 354 (b); F. Weiser, a.a.O. 28.

Ersterwerb; die Frage des nicht identischen Fiduzianten-Treugebers und Begünstigten bleibt bestehen. Der Treugeber hat wenig Schutz gegenüber Dritten, welche die res erwerben. Das Problem beim Tod des Fiduziars ist offensichtlich. Die einzig mögliche Beseitigung dieser Mängel konnte durch die Gesetzgebung geschehen, und dies scheint nicht in Frage zu kommen.

3. Positives Recht.

Es empfiehlt sich eine zusätzliche Untersuchung im Bereich des positiven Rechts, wenn man die Institutionen erforschen soll, die in gewisser Weise dem Trust ähnliche Funktionen haben. Die nachstehenden Begriffe umfassen nicht die Reichweite und die Möglichkeiten der vorher erwähnten Lehren, aber in vielen Fällen zeigen sie Merkmale der frühen deutschen Treuhand und ihrer dinglichen Wirkung. "Dass in zahlreichen Spezialinstituten unseres Gesetzesrechts die allgemeine Idee des Treuhänders zum Ausdruck gebracht ist, dürfte bekannt sein."¹⁾

An Bedeutung, Anpassungsfähigkeit und Verständlichkeit können diese spezialisierten Institutionen nicht mit dem Trust verglichen werden. Sie sind jedoch in ihrer begrenzten Anwendbarkeit wirksame Werkzeuge im gesamten Rechtssystem und erfüllen viel in ihrem individuellen Anwendungsbereich, wo das Common Law zum Trust greifen würde. Damit haben sie die falsche Auffassung hervorgerufen, dass die Ziele des Trust von ihnen, den deutschen Institutionen, in entsprechender Weise erfüllt würden.

1) H. Roth, a.a.O. 285.

Mit dem Nachstehenden ist nicht beabsichtigt, eine erschöpfende Beschreibung oder Auswertung der einzelnen Gestaltungen innerhalb des positiven Rechts zu geben. Es dient nur dazu, die hauptsächlichsten Institutionen aufzuzeigen, die mit dem Trust oder quasi-Trust Ähnlichkeit aufweisen.

a) Testamentsvollstrecker - Es gibt im modernen deutschen Recht keine Institution, die direktere Merkmale der "alten germanischen Treuhand (und Salmann)" oder aus der deutschen Vorrezeptions-Rechtsgeschichte hätte als der Testamentsvollstrecker.¹⁾ Dass der Trust und der Testamentsvollstrecker in ihrer Geschichte einen gemeinsamen Vorfahren haben, bestätigt sicherlich die Voraussetzung, dass im heutigen deutschen Recht keine Institution grössere Ähnlichkeit mit dem Trust hat, als der Testamentsvollstrecker. Er ist das Vorbild für eine Anzahl Formulierungen gewesen, die sich darum bemühten, die deutsche Treuhand neu zu beleben²⁾ oder ähnliche Institutionen mit "dinglicher" Wirkung zu schaffen. Der Testamentsvollstrecker kann nur mit dem anglo-amerikanischen executor³⁾ verglichen werden, um den Wunsch nach einer vergleichbaren Institution nachzukommen. Das Amt tritt nur für den Todesfall ins Leben und auch dann nur, wenn der Erblasser in der testamentarischen Verfügung genau umrissen⁴⁾

1) Hierüber E. Huber, a.a.O. 756; A. Nussbaum, a.a.O. 416.

2) A. Schultze, Treuhänder, a.a.O. 73; W. Siebert, a.a.O. 103; H. Roth, a.a.O. 298.

3) E. Cohn, a.a.O. 200, Section 627 ff.

4) §§ 2197-2228 BGB; §§ 664, 666, 670, 673, 674 BGB.

und werden natürlich vom BGB. ergänzt. Das Gericht kann niemals auf seine eigene Initiative hin einen Testamentsvollstrecker bestimmen.¹⁾

Wichtig ist, dass das Amt des Testamentsvollstreckers niemals ein Eigentumsrecht am Nachlass verschafft. Das Eigentumsrecht geht beim Tode sofort auf den (die) Erben über; das schliesst jedoch nicht aus, dass der Testamentsvollstrecker mit ausgedehnten Vollmachten für Veräusserung und Verfügung betraut wird, was gänzlich vom Testament abhängt.

Die Natur der Rechte des Testamentsvollstreckers ist noch heute Gegenstand von Kontroversen. Es ist jedoch so, dass die allgemeine Meinung ihm Besitzrechte aus eigenem Recht (in re aliena) und nicht mit der Stellung eines Vertreters zuschreibt.²⁾

Wenn der Testamentsvollstrecker stirbt, wenn er sich weigert, das Amt anzunehmen, oder der Erblasser keinen Ersatzmann ernannt hat, oder wenn es seinem Wunsch gemäss beendet, würde die Verwaltung aufhören oder garnicht erst beginnen.³⁾

Die Erben haben in Deutschland Vorteile gegenüber denen in England, insofern, als die deutschen Erben vom Testamentsvollstrecker die Freigabe von Vermögenswerten verlangen können, die für die Verwaltung des Nachlasses nicht benötigt werden.⁴⁾

Der Testamentsvollstrecker muss zum Gebrauch der Erben ein Verzeichnis der Nachlassgegenstände aufstellen und ihnen

1) Vgl. E. Cohn, a.a.O. 200, 1 Section 628.

2) Vgl. F. Weiser, a.a.O. 16; W. Siebert, a.a.O. 247, Anm.16; E. Cohn, a.a.O. 201 Section 629.

3) §§ 2225, 2226, 2201 und 2202 BGB.

4) § 2217 BGB.

jährlich Rechnung legen.¹⁾ Das Gericht kann auch den Testamentsvollstrecker entlassen, wenn es im Interesse der Erben geboten ist, und so dem Amt ein Ende machen.²⁾

In einem besonderen Fall hat der Testamentsvollstrecker erstaunliche Ähnlichkeit mit dem Trust. Es ist möglich, dass der Erblasser den Testamentsvollstrecker für längere Zeit, die 30 Jahre nicht überschreiten darf, mit Verwaltungsbefugnissen ausstattet.³⁾ Zum Vergleich ist es interessant, dass die Befugnisse des Testamentsvollstreckers über diejenigen des Trustee insofern hinausgeht, als nach dem Trustgesetz in Louisiana ein Trust 10 Jahre nach dem Tode des Treugebers erlischt.⁴⁾

Es gibt kein Anzeichen dafür, dass es irgendeine Verwandtschaft zwischen englischem Trustee und dem Begünstigten einerseits, zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Beteiligten andererseits gibt, oder dass der von ihm verwaltete Nachlass in irgendeiner Weise die besondere, bevorrechtigte Stellung eines Trustfonds hat. Dessen ungeachtet ist dies wahrscheinlich die nächste Annäherung an eine Trusteeship im positiven Recht in Deutschland, und selbstverständlich steht der deutsche Testamentsvollstrecker im Mittelpunkt des Interesses für all diejenigen, die de lege ferenda nach einem Anknüpfungspunkt für den Trustgedanken suchen.⁵⁾

1) § 2218 BGB.

2) § 2227 BGB.

3) § 2209, 2210 und 2163 BGB.

4) Vgl. E. Nabors, The shortcomings of the Louisiana Trust Estate Act and Some of the Problems of Drafting Trust Instruments Thereunder, Tulane L. Rev., New Orleans 1939, S. 178; Louisiana Constitution of 1921, Art. IV, S. 16.

5) Siehe F. Weiser, a.a.O. 16.

Der Gehalt all dessen findet seine Anwendung in der folgenden Liste von Rechtseinrichtungen, aber selbstverständlich in beschränktem Grade, insbesondere darin, dass ihre Rechtsstellung mit Ausnahme des Rechts des Ehemannes auf gerichtlicher Benennung beruht.¹⁾

b) Vorerbe und Nacherbe - (§ 2100 - 2146)

Aufeinanderfolgende Erben können im deutschen Recht in solcher Weise bestimmt werden, dass der erste Erbe, der dem Tod des Erblassers folgt, Erbe ist während der Zeit vom Tod bis zur Auswirkung des definitiven Ereignisses, (normalerweise der Tod des ersten Erben) während nach dem Vorfall dieses Ereignisses eine oder mehrere Personen Erbe werden können anstelle des ersten Erben. Der erstere wird Vorerbe genannt, der zweite Nacherbe. Dieser Prozess enthüllt zugleich starke Ähnlichkeit mit einer Institution des "Common Law", die vermutlich im deutschen Recht nicht zu finden ist, ein "future interest" und demonstriert auch vorhandene Möglichkeiten, die ein Erblasser im deutschen Recht hat bzw. mit augenfälligen Merkmalen der Treuhand und des Trust. Der Vorerbe wird gesetzlicher Eigentümer des Nachlasses.

Jedoch auferlegt das Gesetz dem Vorerben gewisse Einschränkungen über die Ausübung des Rechts im Interesse des Nacherben. Der Nacherbe muss im Grundbuch eingetragen sein. Dies gewährt dem Nacherben tatsächlich eine Sicherheit, insbesondere § 2113;²⁾ der Nacherbe kann verlangen, dass

1) Vgl. W. Siebert, a.a.O. 25.

2) § 2113 BGB: Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes eingetragenes Schiff oder Schiffsbauwerk ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

die zur Erbschaft gehörenden Inhaberpapiere bei einer Hinterlegungsstelle oder bei gewissen Banken mit der Bestimmung hinterlegt werden, dass die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangt werden kann (§ 2116). Der Vorerbe hat gegenüber dem Nacherben die Verpflichtung, dieselbe Sorgfalt anzuwenden, die er in der Verwaltung der eigenen Güter beachtet (§ 2131); jedoch sind auch leicht Schwächen entdeckbar:

§ 2136 betr.: Befreiung des Vorerben: damit ist er von seinen meisten Einschränkungen befreit. Mit Ausnahme von Fällen, die in § 2109 beschrieben werden, wird die Einsetzung eines Nacherben im Ablauf von dreissig Jahren unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Man darf nicht vergessen, dass diese Institution nur für Erblasser gültig ist.

Jedoch verdienen es die ausgesprochenen Trustmerkmale dieser Institution der wohlüberlegten Betrachtung oder einer analogen Bedeutung.

c) Nachlassverwalter¹⁾ - Der Nachlassverwalter wird niemals durch ein Testament ernannt und ist keine häufige Erscheinung; er kommt hauptsächlich in Fällen vor, wenn der Nachlass schwer verschuldet ist. Die Einsetzung des Nachlassverwalters dient dazu, den (die) Erben von persönlicher Haftung für die Schulden des Nachlasses zu befreien.

d) Konkursverwalter - (Administrator in bankruptcy) - K.O. § 6 usw.

1) Vgl. E. Cohn, a.a.O. 184 Section 591 ff.; § 1975 ff. BGB.

e) Vormund - (Guardian) - (1773 et. seq.)¹⁾ Man kann die Stellung des Vormundes namentlich im Hinblick auf die Verwaltung von Vermögen mit dem Trust vergleichen.

f) Kommissionär - Ein letztes Gebiet, auf dem man versucht, schwache, aber doch mögliche trustähnliche Tendenzen im positiven Recht zu finden, ist das des Handelns für andere besonders im Hinblick auf den Kommissionär und die Anwendung des *constitutum possessorium*. Weiser²⁾ zeigt grosses Interesse an der von den deutschen Gerichten sanktionierten Anwendung des *constitutum possessorium*. Dies ermöglicht die Übertragung von Eigentum ohne Übergabe, eine offenkundige Ausnahme von dem normalen Verfahren des römischen und deutschen Rechts.³⁾ Das Innehaben von Besitz versieht den Übertragenden mit dem Schein des Eigentumsrechts, obgleich er für Rechnung des Übertragenden besitzt. So erwirbt, obgleich jemand in eigenem Namen handelt, dadurch ein Dritter dingliche Rechte.

Wenn diese Praxis mit der Tätigkeit des Kommissionärs verbunden wird, zeitigt sie interessante Ergebnisse. Der Kommissionär ist eine Person, die es im regulären Geschäftsablauf unternimmt, im eigenen Namen, aber auf Anweisung anderer Güter oder durch Indossament übertragbare Papiere zu kaufen oder zu verkaufen. Er verpflichtet sich selbst durch einen Vertrag mit dem Dritten. Güter oder

1) S.o.S. 49.

2) F. Weiser, a.a.O. 17, 18: Growths such as this anticipated *constitutum possessorium* seems to a certain extent to pave the way for Trusts.

3) Siehe §§ 930, 933 BGB.

Wertpapiere, die der Kommissionär gemäss den Anweisungen seines Auftraggebers erworben hat, gehören dem Kommissionär, sobald sie an ihn geliefert worden sind. Die Übertragung des Eigentums an den Auftraggeber geschieht durch Auslieferung von dem Kommissionär oder durch die oben behandelte Möglichkeit des *constitutum possessorium*. Eine äusserst wirksame Methode, dingliche Rechte zu schaffen, besonders da der Kommissionär wie der Trustee im eigenen Namen handelt. Es ist schwer, mit Weiser¹⁾ nicht übereinzustimmen in seiner Hochachtung und Hoffnung vor der Praxis und ihrem wesentlichen Beitrag zur Entwicklung einer trust-ähnlichen Institution. Man darf jedoch nicht übertreiben, wenn man dieser Praxis denselben Wert und Ähnlichkeit mit dem Trust zuschreibt, da beide bei näherer Betrachtung verhältnismässig oberflächlich sind. Ausserdem hat, obgleich die Aussichten für diese Rechtsstellung des Kommissionärs vor dem Kriege besonders auf dem Schifffahrts- und Bankgebiet günstig waren, die Aufmerksamkeit in dieser Beziehung nach dem Kriege nachgelassen, was man in erster Linie modernen Verfahren bei der Verschiffung zuschreiben muss.

Diese Liste beabsichtigt gewiss nicht, den Eindruck zu erwecken, dass sie alle die Institutionen einschliesst, die einzeln oder mannigfaltig quasi-Trust-Wirkungen zeigen.²⁾ Sie ist nur bemüht, diejenigen aufzuzeigen, welche die stärkste Ähnlichkeit mit dem Trustgedanken haben.

1) F. Weiser, a.a.O. 42, Anm. 21. ff.

2) Vgl. W. Siebert, a.a.O. 9, 25.

Betrachtet man die deutsche Rechtslage im Hinblick auf die Entwicklung einer Institution, die einen Vergleich mit dem Trust aushält, so staunt man über die Energie und Hingabe der intellektuellen Bemühungen. Die verwickelte überspitzte Konstruktion, die charakteristisch für die vorgeschlagenen Lehren ist, straft die wirklichen Ergebnisse Lügen. Jede Möglichkeit leidet unter gemeinsamen Mängeln, nämlich besonders darunter, einem Teil zu viel Macht zu geben mit dem Ergebnis, dass der andere zu wenig hat. Nirgends stattet man den Treuhänder mit der nötigen Befugnis aus, um seine Zwecke zu erreichen, und gewährleistet gleichzeitig dem Begünstigten dinglichen Schutz. Wie vielen anderen wesentlichen Trustelementen gegenüber verhalten sich die deutschen Institutionen erstaunlich schweigsam; sie erscheinen ihnen gegenüber sogar recht uninteressant. Fundamentale Trust-Grundsätze, z.B. dingliche Subrogation, Ersterwerb, Drittbegünstigung mit dinglicher Wirkung und Trusts an Grundstücken werden entweder so eingeschätzt, als ob sie einen ungewohnten Begriff darstellten und deshalb in Konflikt mit dem Gehalt und der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Rechts immer eine hingenommene Vereinfachung seien, oder als nicht so dringend notwendig, dass sie Beachtung verlangten.

Die deutsche Treuhand scheint die gesuchte Struktur zu haben, die alle die grundlegenden Charakteristika, sogar bezüglich der Vorfahren des Trusts, besitzt. Sie würde dank ihrer germanischen Wurzeln in einem Land mit tiefem und verdientem

Stolz auf sein geschichtliches Rechtssystem Annahme und Wirkung erhalten. Leider trägt die im modernen Deutschland bekannte Treuhand das Schmuckgewand der römischen Fiduzia, und obgleich sie, abgesehen von einzelnen Fällen, trustähnliche Zwecke nicht erfüllt, haben die Gerichte und die Gesetzgebung eine Abneigung gezeigt, sie zu ändern. Das deutsche Recht enthält zur Schaffung eines Trusts dienliche Elemente, die, zusammen mit Gelehrsamkeit gepaart, sicherlich eines Tages eine dem Trust ähnelnde Institution schaffen könnten. Aber bei einer Beurteilung der gegenwärtigen deutschen Rechtseinrichtung ist man von dem Unvermögen aller Stellen, die lebendigen Züge des Trusts zu schaffen, ausserordentlich beeindruckt.

B. F r a n k r e i c h .

Eine Betrachtung der trustähnlichen Bemühungen im französischen Recht zeigt einen ausserordentlichen Gegensatz zu denen, die man im deutschen Recht gefunden hat. Einige wenige vereinzelte Stimmen werden laut, aber der allgemeine Eindruck ist der der Gleichgültigkeit. Ob dies nun der im Verhältnis geringeren wirtschaftlichen Aktivität zuzuschreiben ist; einem rechthaberischen Glauben an ihr Rechtssystem und seinen Einrichtungen; oder der Verständnislosigkeit dem Trust gegenüber, es besteht.

Jetzt sollen die grösseren französischen Einrichtungen betrachtet werden, die entsprechende Dienste wie der Trust leisten und von manchen für ebenso wirksam gehalten werden.

1. Fondation (Stiftung)

Die Fondation (Stiftung) kann kurz als ein Geschenk bezeichnet werden, gewöhnlich in Form von Geld, das für einen bestimmten Zweck verwendet werden soll. Sie hat starke Ähnlichkeit mit dem charitable Trust, abgesehen davon, dass eine Fondation nicht unbedingt mildtätig, wohltätig oder erzieherisch sein muss.¹⁾ Das Gesetzbuch schweigt vollständig zu der Fondation, weder gestattet es, noch verbietet es sie.

Die Entwicklung der Fondation rührt an einen sympathischen Punkt bei den Common Law Juristen. Die Fondation war während der französischen Revolution allgemein abgeschafft. Die vor-

1) Siehe H. Batiffol, The Trust Problem as Seen by a French Lawyer, Journal of Comparative Legislation and International Law, London 1951, S. 23.

herrschende Meinung hatte das Gefühl, dass sie das Feudalsystem widerspiegelte und folglich im Gegensatz zu der aus der Revolution hervorgehenden "Ideologie" stand, die später im Code Napoléon niedergelegt wurde. Sie begegnete erheblichen Schwierigkeiten durch § 906 des Code Civil,¹⁾ der testamentarische oder inter vivos Zuwendungen an noch "nicht vorhandene" Personen verbietet. Deshalb wurden Verfügungen zugunsten einer noch "nicht vorhandenen" Fondation von den Zivilgerichten aufgehoben.²⁾ Dies wurde jedoch durch die Erwägungen überwunden, die von den Gerichten angestellt wurden:

Es war nicht verboten, ein Vermächtnis zugunsten einer oder mehrerer "vorhandener" Personen zu errichten, die durch die Bestimmungen des Testaments ersucht werden, solche Vorschriften auszuführen. Die Gerichte entschieden, dass sie befugt seien, testamentarische Bestimmungen nach der Absicht des Testators auszulegen, und liessen daher die Fondation zu, jedoch mit der charge à fonder. Der Lille-Fall³⁾ von 1866 war bei dieser Entwicklung der Fondation behilflich; das Gericht gewährte dabei Drittbegünstigten dadurch Schutz, dass es die

1) Art. 906 Code Civil: Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable; Andere Hindernisse schloss die légitime, die Fortdauer der Lehre vom Eigentumsrecht (die hier behandelt wird), ein Rechtsmittel für den Begünstigten ein; siehe J. Mayda, a.a.O. 1043 ff.

2) Dazu V. Bolgár, a.a.O. 215; avis von Conseil d'Etat, 1806.

3) Hierüber Dalloz Jurisprudence II, Paris 1891, S. 220 ff.

Grundsätze des Versprechens zugunsten Dritter (stipulation pour autrui) anwandte. Es setzte die Begünstigten Gläubigern gleich.

Die Einrichtung gewann dann immer grössere Unterstützung, besonders mit der Wirkung, dass die Fondation einen ausserordentlich grossen Einfluss gewann. Die Gerichte fassten die Testamente mit dem bestimmten Wunsch danach auf, die Auslegung als Fondation aufrechtzuerhalten. Diese Praxis (cy près doctrine) erreichte eine vollendete Bedeutung mit den beiden berühmten, in den Jahren 1926 und 1927 entschiedenen Fällen.¹⁾

Dieser Prozess der schrittweisen Entwicklung durch richterliche Auslegung und Anerkennung ist zweifellos eine ausgezeichnete Illustration dafür, wie das Gesetzesrecht das behandelt, was das Wesen des Common Law ist. Obwohl der Ausbau der Fondation mehr mit der Art übereinstimmt, in der sich der Trust entwickelte, eignet er sich zum Vergleich nur in beschränkter Hinsicht. Die Benachteiligungen des Eigentums, die in der als juristische Person betrachteten Fondation selbst liegen, sind zahlreich; die juristische Person ist z.B. oft eine verschwommene Wirklichkeit, während die Verwalter allein vorhanden sind.²⁾ Sie ist also auf gewisse Zwecke beschränkt.³⁾

1) Darüber R. Savatier, D. 1928.2.121, Paris 1928; V. Bolgár, a.a.O. 215.

2) Vgl. H. Batiffol, a.a.O. 23.

3) O'neal, a.a.O. 811 ff.: Performances of services of general "utility"; Er bezweifelt auch die Gesetzlichkeit der testamentarischen Stiftung, indem er den scharfen Konflikt zwischen den Verwaltungsgerichten (Conseil d'Etat) und den "regulären" Gerichten (Cour de Cassation) erwähnt. Cour de Cassation erkennt die Gültigkeit nicht an.

2. Prête - nom.

Es ist schon berichtet worden, dass der prête-nom diejenige Einrichtung im französischen Recht ist, welche die grösste Ähnlichkeit mit dem Trust hat.¹⁾ Die Errichtung geschieht durch zwei Urkunden. Ein dingliches Recht wird auf den prête-nom von dem Geschäftsherrn übertragen, der (der prête-nom) dann seinen Namen für den bestimmten Zweck hergibt und es gleichzeitig dem Geschäftsherrn ermöglicht, sozusagen still und verborgen zu bleiben. Beschränkungen sind in einer besonderen, üblicherweise geheimen Urkunde, dem Gegenbrief (contre-lettre) enthalten. Die Gegenbriefs-Urkunde hat nur für die Vertragsparteien Bedeutung. Es ist dann der prête-nom, der gegenüber Dritten Rechte erwirbt und Verpflichtungen eingeht.

Zwecke, für die der prête-nom dienen kann, schliessen Verträge und Besitz ein, d.h. Verwaltung und Verhandlungen.²⁾

Ein Hinweis soll auf die gemeinsamen Eigenschaften des prête-nom und der englischen "undisclosed agency" (ungenannten Vertretung) gemacht werden. Auch ein Vergleich mit der fiducia römischen Ursprungs (die schon beim deutschen Recht betrachtet worden ist)³⁾ und den Verdiensten ihres pactum fiduciae verdient eine Überlegung. Der ausgezeichnetste Bestand-

1) L. Bates, Common Law Express Trusts in French Law, 40 Yale L. Journal, New Haven 1930, S. 34; siehe A. Nussbaum, a.a.O. 414.

2) Dazu F. Weiser, a.a.O. 57; Was die Handlungsfähigkeit betrifft, so verschwindet der prête-nom, sobald eine gewisse Zeit seiner Tätigkeit verflossen ist; was den Besitz betrifft, so wird das Eigentum bei dem prête-nom verwaltet und bei einem Rechtsstreit tritt irgendein anderer, der nicht daran interessiert ist, als Kläger oder Beklagter auf.

3) S.o.S. 79 ff.; W. Siebert, a.a.O. 38.

teil hiervon ist die Art, mit der der Treugeber in Deutschland durch die Tätigkeit der Gerichte in bestimmten Fällen Schutz gefunden hat.¹⁾ Nichts dieser Art ist in Frankreich unternommen oder befürwortet worden.

Obgleich der *prête-nom* einen gewissen Ruf erlangt hat, ist doch in Frankreich und im ganzen in Zivilrechtsländern ein immer gegenwärtiges Misstrauen dagegen zu erkennen, weil es sich dabei um eine Transaktion handelt, die Merkmale der Geheimhaltung aufweist. Dieses Misstrauen gegen die Geheimhaltung könnte, obwohl es mit Rücksicht auf den Gegenbrief (die *contre lettre*)²⁾ nicht gänzlich unbegründet ist, für die Verhinderung einer Ausdehnung des *prête-nom*-Gedankens bedeutungsvoll sein.

Das übertragene Eigentum wird in jeder Beziehung wie das des *prête-nom* behandelt.³⁾ Seine Gläubiger haben ohne Rücksicht auf die *contre-lettre* Zugriff darauf, und für den Fall der Verletzung des Trust genießt der Geschäftsherr keinen Schutz. Der Geschäftsherr hat daher keine dinglichen Rechte an der *res* und hat keine Rechtsbehelfe gegen Dritte, die das Eigentum erwerben. Es leuchtet ein, dass es kein "following the property" (Ersatzeigentum, Substitution) geben kann, wo eine gewisse Änderung der Form eingetreten ist. Der *prête-nom* kennt auch keinen Drittbegünstigten. Und so ist man von einer

1) S.o.S. 80.

2) Es ist erstaunlich, dass die französischen Gerichte im Hinblick auf diese Probleme, dem *prête-nom* Rechtswirkung verliehen.

3) Es erhebt sich die zu erörternde Frage, ob dieses auch gilt, wenn der Dritte Kenntnis hatte.

Einrichtung, die eine grosse Ähnlichkeit mit dem Trust haben sollte, stark enttäuscht. Daher ergreifen den Betrachter Zweifel, der sich vorbereitet, die verbleibenden, möglicherweise zum Vergleich mit dem Trust geeigneten Einrichtungen zu prüfen.

3. Fiducia.

"Das Gesetzesrecht hat einen tatsächlichen Ersatz für den Trust, nämlich die Fiducia."¹⁾ So sagt P. Lepaulle, der zweifellos eine der führenden Persönlichkeiten auf dem Gebiet des Trust in Frankreich ist. Er weist darauf hin, dass die Ähnlichkeiten der beiden Einrichtungen so offensichtlich sind, dass die Provinzen Quebec und Kanada den Trust in der französischen Übersetzung Fiducie nennen.

Es ist eine alte französische Technik, die ein dem Common Law Trust in gewisser Weise ähnliches dingliches Recht (in rem) schafft. Bei beiden geht eine Eigentumsübertragung an eine Person vor sich, die das gesetzliche Recht hat, aber daraus keinen persönlichen Nutzen zieht; sie muss das Eigentum zum Nutzen eines anderen (Fiduziant) verwalten.

Jede Erörterung der Fiducia ist von vornherein Ungenauigkeit und Anfechtung ausgesetzt, da sie eine im Absterben begriffene Stellung innerhalb des französischen Rechts einnimmt. P. Lepaulle ist von den Anwendungsmöglichkeiten dieser Einrichtung begeistert, besonders da sie sich in etwas

1) P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1147.

Trustähnliches entwickeln kann. Er behauptet, dass der Fiduziant (transferor-donor) gegen die Gläubiger des Fiduziars (transferee) geschützt ist. Das rüft erheblichen Zweifel hervor. F. Weiser¹⁾ behauptet, dass jeder Fiduziar, der dem französischen Recht entsprechend eingesetzt wird, mit "übermässigen" Befugnissen ausgestattet sein würde und dadurch die Ziele des Trust vereitelt. Wenn man sich an den Schutz des Geschäftsherrn in der Lehre vom prête-nom erinnert, so ist es schwierig, sich einen Fiduzianten (transferor) vorzustellen, der noch grösseren dinglichen Schutz genießt.

Dass die Fiduzia im modernen französischen Recht niemals von Bedeutung war, hat auch eine umfassende Beschreibung und Erklärung der Einrichtung verhindert. Man muss zugeben, dass die Rechte und Verpflichtungen, die von einer Fiduzia geschaffen werden, verhältnismässig unbestimmt sind.

Es ist logisch, bei einer Untersuchung der Fiduzia und verwandter Einrichtungen zu schliessen,²⁾ dass sie Drittbegünstigte nicht berücksichtigen, und dass im Falle eines Trustbruchs oder des Todes des Fiduziars (transferee) keinerlei Schutz gewährt werden würde.³⁾ Das bedeutet a fortiori,

1) F. Weiser, a.a.O. 58 ff., bezieht sich darauf als auf die französische testamentarische Fiducie und findet sie ungenau und voller Widersprüche. Weiser ist in seiner Kritik an Lepaulle besonders scharf, was Lepaulles funktionelle Annäherung betrifft.

2) Man sollte beobachten, dass Deutschland, das viel weiter als Frankreich ist, dem Fiduzianten (Treugeber) nur in gewissen speziellen Fällen Schutz gewährt hat; s.o.S. 79.

3) Dazu J. Wisdom, a.a.O. 79.

dass es bei dem Ersatz der res durch den Fiduzianten (transferor) kein "following the property" durch einen anderen (Substitution) gibt.

Wie es heute aussieht, wird die Fiduzia von den französischen Praktikern einfach nicht beachtet, entweder weil die französischen Anwälte ihre Möglichkeiten wenig berücksichtigen oder sie in Übereinstimmung mit P. Lepaulle missverstehen. Vielleicht ist dies die Antwort auf das, was P. Lepaulle fordert; und durch die Anerkennung und Erweiterung der Fiduzia wird es dazu kommen, dass sie ihren Platz neben dem Trust einnimmt, wenn auch die Abneigung bleibt.

4. Fidei-commisum.

R. Alfaro¹⁾ legte bei der Abfassung des Trustgesetzes von Panama besonderen Nachdruck auf das fidei-commisum und auf die Verbesserung seiner Mängel in Bezug auf den Trust. Das römische fidei-commisum findet sein heutiges Gegenstück in all den lateinischen Rechtssystemen. Was für den Gelehrten von äusserstem Interesse sein sollte, ist die früher festgehaltene Vorstellung, dass das fidei-commisum des römischen Rechts der Ursprung des heutigen Trust war.²⁾ O. Holmes trug wesentlich dazu bei, diese Meinung zu zerstreuen.³⁾

1) R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 26 ff.

2) Darüber J. Story, 2 Equity Jurisprudence, 14th Ed. 1918, S. 649-651, §§ 1305-1310; Pomery, 3 Equity Jurisprudence, 4th Ed. 1918, S. 2120, 2124, §§ 976-978; s.o.S. 28.

3) S.o.S. 5; R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 398; J. Wisdom, a.a.O. 72.

Im französischen Recht wird ein fidei-commissum durch ein testamentarisches Vermächtnis an eine Person zugunsten einer anderen Person geschaffen, das an diese zu einem bestimmten Zeitpunkt oder unter einer bestimmten Bedingung übertragen werden soll. Der Erstbegünstigte muss den Bestand der res aufrechterhalten.

Man findet Ähnlichkeiten dieser Einrichtung mit dem Trust darin, dass jeder Vermögenswert dinglicher oder persönlicher Art, greifbarer oder nicht greifbarer Gegenstand des fidei-commissum sein kann. Eine weitere Ähnlichkeit besteht darin, dass derselbe Vermögenswert an zwei Begünstigte übertragen werden kann, von denen jeder ein dingliches (in rem) Recht hat und der zweite zur Zeit der Errichtung nicht vorhanden zu sein braucht. Jeder Begünstigte kann frei über seine Einkünfte verfügen, und eine richtige Verwaltung der res durch den Erstbegünstigten wird durch einen Dritten als Vertrauensmann des Stifters gesichert, der kein Interesse am Gewinn hat.¹⁾

Anders als beim Trust wird dem Zweitbegünstigten kein Recht übertragen, und der Erstbegünstigte verwaltet das Vermögen. Diese letzte Bedingung würde oft das, das das Hauptziel des Stifters (settlor) bildet, vereiteln, d.h. den Begünstigten von der Substanz des Trust fernhalten. Zugegebenermassen erscheint die Einrichtung viel strenger als der Trust, und der Stifter (settlor) empfindet es als schwierig, irgendwelche speziellen Anweisungen zu geben.²⁾ Ein grösserer

1) Vgl. P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1141 ff.

2) J. Wisdom, a.a.O. 75; R. Lee, a.a.O. 99.

Unterschied besteht darin, dass das fidei-commissum nur mortis causa geschaffen werden kann und auch dann nur unter gewissen Bedingungen. In Frankreich ist die Einrichtung auf den Sohn oder Enkel einer Person oder deren Bruder oder Schwester und ihre Kinder beschränkt.¹⁾

Ogleich das fidei-commissum eine ungewöhnliche innere Verwandtschaft mit dem Trust hat und seiner Gestalt nach gewisse Trustmerkmale aufweist, ist sein Anwendungsbereich eng begrenzt.

5. Usufruit (Niessbrauch - ususfructus).

H. Batiffol¹⁾ schrieb: "Mein Eindruck ist der, dass man, um zum Verständnis des Systems (Trust) beizutragen, zweckmässigerweise auf die Haltung eingehen sollte, die das französische Recht hinsichtlich des usufruitier (Niessbrauchers) und des nu-proprétaire (Nur-Eigentümers) nimmt." Der Niessbrauch-Usufruit (ususfructus) ist eine Einrichtung, die dazu benutzt wird, während einer gewissen Zeit hindurch verschiedene Eigentumsinteressen zu schaffen.²⁾ Er ist im Art. 578 Code Civil wie folgt beschrieben: "Der Niessbrauch-Usufruit (ususfructus) stellt das Recht dar, Dinge zu benutzen, an denen ein anderer das Eigentumsrecht hat, und zwar in derselben Weise wie der Eigentümer selbst, aber unter der Bedingung, ihre Substanz nicht zu verändern."³⁾

1) H. Batiffol, a.a.O. 20; Usufruitier entspricht dem life tenant im englischen Recht und Nu-proprétaire entspricht remainderman; R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 544.

2) O'Neal, a.a.O. 806 ff.

3) Art. 578 Code Civil: L'usufruit est la de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance; siehe Art. 578-624 Code Civil.

Das blosse Eigentumsrecht (nue-propriété) (nacktes Eigentumsrecht) ist das, was bleibt, nachdem der Niessbraucher (usufruitier) seine Früchte erhalten hat. Es ist so beschrieben worden, dass jeder ein dingliches Recht an dem Vermögen habe, während das Gesetzesrecht versucht, die Stellung des nu-proprétaire auf die eines Gläubigers zurückzuschrauben.¹⁾ Die drei Elemente usus, fructus und abusus müssen bei irgendeinem liegen, aber nicht alle in derselben Person. Beim Niessbrauch (Usufruit) hat der Niessbraucher (Usufruitier) die ersten beiden Rechte, usus und fructus, aber nu-proprétaire besitzt das letzte, abusus (das Recht zur Veräußerung). P. Lepaulle und H. Batiffol²⁾ geben zu, dass es keinen Vergleich zwischen den beiden Einrichtungen (Niessbrauch-ususfructus und Trust) auf analytischer oder materieller Ebene gäbe. Sie behaupten, dass nur dann wirkliche Ähnlichkeiten auftauchen, wenn man die Funktionen einander angleicht. Dies zeigt sich darin, dass man die Nutzniessung (Usufruit) auf eine Person beschränkt und das Eigentum auf zwei Personen gleichzeitig überträgt. Gewisse weitere Merkmale spiegeln die Ähnlichkeit wider, d.h. geteiltes Eigentumsrecht; es kann mortis causa oder inter vivos errichtet werden; es kann sich auf alle Vermögenswerte erstrecken; der Begünstigte erhält alle Erträgnisse der res, aber nicht die Substanz, und er darf die res nicht gefährden; der Stifter darf gewisse

1) Diese Art der Beschreibung könnte die Ursache für manchen Streit, nicht nur im Common Law, sondern auch im Gesetzesrecht sein.

2) H. Batiffol, a.a.O. 20; P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1139; Lepaulle hat einen unschätzbaren Beitrag zum Verständnis der Merkmale und Aufgaben der einzelnen Einrichtungen im französischen Recht geliefert, die manches mit dem Trust gemein haben. Dieser Absatz wurde unter besonderer Berücksichtigung seiner Arbeit verfasst.

Nutzungen für sich zurückbehalten; der Begünstigte kann frei über die Nutzungen verfügen. Das französische Recht gewährt dem Nur-Eigentümer (nu-propriétaire) auch eine Art Kontrolle über den Niessbrauch (Usufruit), die darin besteht, dass er eine Klage auf Entziehung des Niessbrauchs (Usufruit) wegen Missbrauch seiner Ausübung erheben kann.

Der Unterschied zwischen dem Trustee und dem Nutzniesser (usufruitier) ist beachtlich. Im Gegensatz zum Niessbraucher (Usufruitier) ist es dem Trustee nicht gestattet, aus dem Trust einen Nutzen zu ziehen. Von beträchtlicher Bedeutung ist auch, dass anders als beim Trustee der Nutzniesser (Usufruitier) kein Recht hat, das Treugut zu veräussern. Dies sollte genügen, jeden Versuch zu verhindern, eine grössere Ähnlichkeit zwischen dem Trust und dem Niessbrauch (Usufruit) festzustellen. Um zu der Anfangsfeststellung zurückzukehren: Der Niessbrauch (Usufruit) kann zu einem Verständnis des Trust beitragen, aber man darf bestimmt nicht versuchen, beide zu vergleichen.

Brauch (Usage). Durch die Tatsache begründet, dass der Brauch (l'usage) (nicht zu verwechseln mit dem alten Common Law use der im Jahre 1535 abgeschafft wurde) vom Niessbrauch (Usufruit) hergeleitet wird, ist es angebracht, ihm eine flüchtige Aufmerksamkeit zuzuwenden, obgleich er offensichtlich längst nicht die Macht und Bedeutung des Niessbrauchs (Usufruit) hat. Der Brauch (l'usage) ist ein Recht, das einer Person gegeben wird und ihr erlaubt, ein Vermögen, das einem anderen gehört, oder einen Teil des Erträgnisses dem Vermögen zu erhalten. Dieses Recht ist nicht übertrag-

bar und kann bei ernsthaftem Missbrauch des Vermögens verwirkt werden. Normalerweise kann der Begünstigte nur das haben, was seine Bedürfnisse und die seiner Familie befriedigt. Die Verwaltung des Vermögens und der Niessbrauch (usufruit) liegen bei dem Begünstigten (Niessbraucher).

Wohnrecht (l'habitation)¹⁾ Dieser Begriff ist auch ein direkter Verwandter des Niessbrauchs (usufruit), jedoch beschränkt; er hat auch nicht die Merkmale, die gestatten, dass der Niessbrauch (usufruit) als Hilfe zum Verständnis des Trust betrachtet wird. Das Wohnrecht (l'habitation) ist das Recht, umsonst das Haus eines anderen zu benutzen. Alle Beschränkungen des Brauchs (usage) gelten, ausser, dass das Wohnrecht (l'habitation) lediglich auf Wohnhäuser beschränkt ist.

6. Donation ou legs avec charge.

Die donation ou legs avec charge hat ihre stärkste Ähnlichkeit mit dem Trust darin, dass sie die Verwaltung des Vermögens von seinem Nutzgebrauch absondert. Diese Art von Schenkung enthält eine Bestimmung, nach welcher der Schenker die genaue zukünftige Verfügung²⁾ über das Vermögen, das dem Erben vermacht ist, festsetzen kann, d.h. dem Begünstigten das Vermögen zu einem späteren Zeitpunkt übertragen kann. Hier steht der Schenker wieder der schwierigen Aufgabe gegenüber, eine Bestimmung zu treffen, welche die unvorhersehbare Zukunft vorhersehen muss, was offensichtlich unmöglich ist.

1) L'usage et l'habitation - Art. 625-636 Code Civil.

2) Hierüber O'Neal a.a.O. 813-814.

Der Begünstigte ist dem Erben gegenüber dadurch geschützt, dass er auf eine genaue Erfüllung der Auflage klagen kann.¹⁾ Entschiedene Ähnlichkeiten zwischen dem Trust und der donation ou legs avec charge sind erkennbar. Beide Einrichtungen können mortis causa oder inter vivos geschaffen werden, und das diesen Einrichtungen unterworfenen Vermögen kann entweder dinglich oder persönlich sein. P. Lepaulle²⁾ steht auf dem Standpunkt, dass eine ordnungsmässige Verwaltung des Vermögens dadurch gesichert ist, dass man jemanden betraut, der endgültig nicht Begünstigter ist, der aber Besitz und Recht erhält. Es ist möglich, dem Begünstigten zeitlich unbeschränkt das Recht zu geben, dass sie das Eigentum auf den Vertrauensmann übertragen. Die allgemeine Meinung unterstützt die Freiheit des Begünstigten, über seine Erträge nach eigener Wahl zu verfügen.

Eine donation ou legs avec charge kann vom Schenker oder von den Erben des Testators widerrufen werden. Der Widerruf ist bei Nichterfüllung der "charge" (Auflage) oder Bedingung zulässig; er beendet die Rechtsstellung des Begünstigten vollständig. Dies kann durch eine Bestimmung vermieden werden, die seinen (des Schenkers) Bevollmächtigten des Rechts beraubt, das Legat zu widerrufen.³⁾ Es ist jedoch verständlich, dass eine derartige Handlung die Absicht des Schenkers, eine donation ou legs avec charge zu schaffen, vereiteln könnte.

"Es muss a priori offensichtlich sein, dass die causa donandi etwas ganz anderes ist als die causa fiduciae und dass durch

1) O'Neal, a.a.O. 813-814.

2) P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1137 ff.

3) Vgl. O'Neal, a.a.O. 814; J. Wisdom, a.a.O. 79.

die blosse Behauptung der Ähnlichkeit zwischen der äusserlichen Handlung einer Person, die ein Geschenk macht, und einer Person, die eine Stiftung zu errichten wünscht, keine Ähnlichkeit mit einem trustartigen Gebilde geschaffen werden kann.¹⁾ Diese letzte Feststellung kann nicht genug betont werden. Die wahre Natur des Trust beruht auf dem Verlass und Vertrauen, das in den trustee gesetzt wird.

Es wäre ganz im Sinne des Vorangegangenen, sich auf das Versprechen pour autrui (Versprechen zugunsten eines Dritten) zu beziehen. Solch eine Konstruktion kann denselben Zweck erfüllen, und es liessen sich dieselben Ähnlichkeiten finden. Es ist so ausgelegt worden, als wäre es die Vertretung der Interessen (nicht der Person) eines Dritten.²⁾ Hier besteht eine starke Ähnlichkeit mit den Interessen des Begünstigten eines Common Law Trust.³⁾ Das Versprechen pour autrui ist jedoch nicht Selbstzweck, es kann nur inter vivos angewandt werden, und Begünstigte müssen zur Zeit des Vertrages vorhanden sein, ausser wenn er wohltätigen Zwecken dient.

7. Emphyteusis.

Die Emphyteusis ist eine Pacht auf 99 Jahre oder für die Dauer von drei Lebenszeiten. In diesem Vertrag besteht ein

1) F. Weiser, a.a.O. 57.

2) Siehe H. Batiffol, a.a.O. 24; G. Ripert-J. Boulanger, 2 Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, Paris 1959, S. 228.

3) Vgl. V. Bolgár, a.a.O. 216.

bemerkenswerter Unterschied zwischen dem dinglichen Eigentumsrecht des Verpächters und dem Gebrauchsrecht des Pächters.¹⁾ Solch eine Pacht ist als ein in rem Recht²⁾ bezeichnet worden, und es ist notwendig, ihre ausserordentliche Natur zuzugeben. Dem Verpächter stehen gewisse Hilfsmittel zur Verfügung, um einen Missbrauch der Res-Substanz zu verhüten. Der Pächter erwirbt ein Recht, das er frei ausüben kann.

Der Verpächter muss zur Zeit der Errichtung vorhanden sein. Die Emphyteusis wird nur auf dingliches (real property) Eigentum angewandt und ist, sogar wenn man die ungewöhnlichen Rechte des Pächters betrachtet, tatsächlich eine langfristige Pacht.³⁾

8. Tutela (Tutelle).

Die Tutela kommt nur für Minderjährige in Frage. Ein Vergleich mit dem deutschen "Vormund" und dem englischen "Guardian" wäre vielleicht ratsamer als eine Betrachtung des Trustzwecks, den sie bestimmungsgemäss vorsieht, nämlich die Anerkennung des Mangels an Erfahrung des Minderjährigen. Der Tutor (tuteur) hat nicht nur die Aufsicht und die Verwaltung des ganzen Vermögens, sondern auch die Aufsicht über die Person des Begünstigten. Er wird in manchen Gesetzesrechts-Ländern von einem Familienrat überwacht, nämlich in

1) Dazu R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 29.

2) Vgl. P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1141.

3) Siehe I. Wisdom, a.a.O. 79; O'Neal, a.a.O. 810; L. Vilella, the Problem of Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions; The Law of Trusts in Puerto Rico, 19 Tulane L. Rev., New Orleans 1945, S. 374 ff.; P. Lepaulle, Trust Substitutes, a. a.O. 1141; The grantee, beneficiary, must pay a rent to the reversioner and not only does he have the obligation to maintain the substance but also to improve it.

Frankreich, Italien, Spanien und der Schweiz; einem beaufsichtigenden Gericht oder einem Rat von drei Juristen (es bestehen individuelle Abweichungen).¹⁾ Der Begünstigte ist gegenüber seinen eigenen Gläubigern geschützt.

Die Merkmale der tutela (tutelle), welche sie vom Trust unterscheiden, sind sofort sichtbar; sie wird nur für Minderjährige angewandt; sie wird durch einen gesetzlichen Akt eingesetzt; der tutor (tuteur) ist einer grösseren Aufsicht unterworfen als der trustee, und während dieser nur die Verwaltung eines Vermögens hat, hat der tutor (tuteur) auch die Aufsicht über die Person. Die tutela umschliesst deshalb alle Belange des Begünstigten sowie die Verwaltung seines gesamten Vermögens und aller seiner Rechte.

Pflegschaft (Curatorship) - Das Gericht muss eine Person als Verschwender erklären und einen Pfleger ernennen. Eine Pflegschaft wird eröffnet, wenn die betreffende Person geistesschwach, blind, taub, gelähmt, verschwenderisch oder Gewohnheitstrinker ist. Nur Blutsverwandte können die Feststellung der Unfähigkeit beantragen. Im allgemeinen sind die bei der tutela beobachteten Grundmerkmale bei der Pflegschaft ersichtlich, d.h. es besteht eine fiduziarische Beziehung; der Begünstigte ist gegen seine Gläubiger geschützt; alles Eigentum ist geschützt; Überwachung des Pflegers.

1) Dazu P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1134; Art. 397-475 Code Civil; du tuteur Art. 405-419 Code Civil.

Die Wesenszüge, welche die tutela hindern, einen Vergleich mit dem Trust auszuhalten, durchdringen auch die Pflegschaft. Sie kann nicht die gleichen Wirkungen erzielen; die einzige Trustaufgabe, die sie anscheinend oberflächlich erfüllen kann, ist die, für Verschwender zu sorgen. Beim Trust kann der Treugeber (settlor) jegliche Beschränkung auferlegen, aber der Schenker kann in Frankreich niemanden als Verschwender erklären und einer Pflegschaft unterwerfen. Die Trustwirkung ist dadurch gesichert, dass nur der Treuhänder das Treugut verwalten kann, während der Pfleger keine derartige individuelle Kontrolle genießt. ¹⁾

9. Mandat (Auftrag).

Ein Auftrag (Mandat) ist ein Vertrag, bei dem eine Person (Mandant) (Auftraggeber) einen anderen (Mandataire) (Beauftragten) mit der Ausführung einer Handlung oder der Verwaltung eines Vermögens beauftragt. Er ist von den Bedingungen des Vertrages abhängig. "Es besteht kein Zweifel darüber, dass der Auftrag die Rechtseinrichtung ist, die dem Trust am meisten verwandt ist", schreibt R. Alfaro.²⁾ Das französische Recht setzt den Auftrag mit "représentation" (Vertretung) oder mit der Beziehung zum "principal-agent" des englischen Rechts gleich. ³⁾

1) Vgl. P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1133-1134.

2) R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 27.

3) F. Weiser, a.a.O. 55, bemängelt, dass Frankreich von dem "Phänomen" der Stellvertretung keine Notiz genommen hat; Art. 1984 Code Civil.

Der Auftrag ist den Anordnungen des Auftraggebers unterworfen, und kann von ihm jederzeit widerrufen werden. Er endet ebenfalls beim Tode des Auftraggebers oder Beauftragten und bei Kündigung des Beauftragten. Im Gegensatz zum Trust erlangt der Beauftragte niemals ein eigenes Recht. Dies zeigt den Trugschluss, dass der Auftrag das nächste Gegenstück zum Trust sei.¹⁾

Mit den obengenannten Einrichtungen sieht man sich einer Schilderung derjenigen Begriffe des französischen Rechts gegenüber, welche die stärkste Ähnlichkeit mit dem Trust haben. Die Liste ist nicht erschöpfend; das ist weder beabsichtigt, noch notwendig für eine genaue Darstellung der tatsächlichen Haltung des französischen Rechts gegenüber trustähnlichen Einrichtungen. Gewisse Begriffe sind keinesfalls ausseracht gelassen, auch wenn sie nicht behandelt wurden. Eine Untersuchung hat jedoch ergeben, dass sie zum Verständnis des Trust oder zur Erreichung von Trustzwecken wenig beitragen. Eine mit einem Vertrag zugunsten Dritter gekoppelte Hinterlegung erreicht ähnliche Ergebnisse, jedoch mit geringeren Unterschieden als der Vertrag mit einem Versprechen pour autrui und bezieht sich nur auf persönliches körperliches Eigentum. Der französische commissionnaire hat geringe Ähnlichkeit mit dem ihm entsprechenden deutschen Kommissionär, der lediglich ein Agent mit gewissen Sondereigenschaften ist.²⁾ Ein Testamentsvollstrecker (exécuteur testamentaire) kann nur als wenig mehr denn als

1) Derselben Meinung sind R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 28; J. Wisdom, a.a.O. 79; P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1139, behauptet, dass er (der Auftrag) in der Regel kein geeigneter gesetzesrechtlicher Ersatz für den Trust ist, ausser vielleicht im Konkurs.

2) F. Weiser, a.a.O. 55; Art. 1206 Code Civil.

Sonderform des Beauftragten angesehen werden, der den Besitz des Nachlasses für die begrenzte Dauer von einem Jahr und einem Tag¹⁾ erhalten kann, und bei dessen Tod, Unvermögen, Entlassung oder Kündigung das Amt als Testamentsvollstrecker endet. Die vertragliche Einrichtung, Commodat (Leihe), gestattet dem Entleiher den Gebrauch und die Verwaltung des Vermögens, aber nicht die Erträge, während das Recht beim Verleiher (Eigentümer) bleibt, der den Vertrag bei Bedarf aufheben kann.²⁾

Die Antichresis (antichrèses) (Nutzpfand) muss auch erwähnt werden, da sie eine Abweichung ist, bei der der Gläubiger das Recht erlangt, die Früchte und Erträgnisse des Pfandgegenstandes zu ziehen, die dem Schuldner zur Tilgung der Schuld gehören; dem Schuldner verbleibt nur das blosse Eigentum; es ist für den Schuldner nur verfügbar, wenn der Gläubiger zustimmt; und der Schuldner behält die Verwaltung des Pfandgegenstandes.³⁾ So könnte Einrichtung auf Einrichtung geschildert werden, ohne zu grösserer Klarheit beizutragen; im Gegenteil, der Zweck würde in den technischen Einzelheiten untergehen.

P. Lepaulle⁴⁾ hat bei der Anwendung seines Verfahrens, die Funktionen der einzelnen Einrichtungen zu betrachten, die französischen Einrichtungen und ihre jeweiligen trustähnlichen Ergebnisse aufgeführt. Es besteht kaum Zweifel, dass

1) Art. 1025-1034, 1206 Code Civil.

2) Art. 1875 ff. Code Civil.

3) Art. 2085-2091 Code Civil.

4) P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1126 ff.

trustähnliche Aufgaben bis zu einem gewissen Grade vom Gesetzesrecht erfüllt werden. Was aufsehenerregend erscheint, ist die Fülle der Gesetzeseinrichtungen und Entwicklungen, die erforderlich ist, um diese Ergebnisse zu erzielen, die dennoch ihren Ergebnissen nicht entsprechen.¹⁾ Ungeachtet überschwenglicher Behauptungen erkennt das französische Recht nur einen Eigentümer an²⁾ und gewährt im allgemeinen dem Trustee (Treuhandler) keine andere Stellung als die eines Agenten. Das Misstrauen, das entsprechend der französischen Mentalität gegenüber dem Trustee oder treuhänderischen Personen entgegengebracht wird, hat im allgemeinen dazu geführt, dass dem trustee-Verwalter die Befugnis zur Veräußerung verweigert wurde.³⁾ Die herrschende Meinung glaubt, dass jede Veräußerung oder jedes Geschenk, ob es erwähnenswert ist oder nicht, wirksam sei und aufrecht erhalten werden müsste,⁴⁾ und eine tatsächliche oder konstruktive Anzeige dies nicht ändern würde. Die Gläubiger des trustee Verwalter könnten immer gegen die res vorgehen.⁵⁾

1) L. Bates, a.a.O. 38: At the present time the results achieved in Common Law countries by private express Trusts are only partially attained in France.

2) Req. 19 Nov., 1941, S. 1942, I. 129, Bonnefous v. Enregistrement.

3) Hierüber H. Batiffol, a.a.O. 24.

4) Ausser im Fall des Handelns in dolo zwischen trustee (Treuhandler) und dritter Person.

5) F. Weiser, a.a.O. 61: Opposition against measures of execution being in France reserved for "tiers propriétaires" and the bankruptcy law authorizing, apart from certain special cases, no "revendication" except by an "autre propriétaire".

Bei aller gehörigen Achtung für P. Lepaulle¹⁾ und seine Bemühungen, zu zeigen, wie die Gesamtsumme der von verschiedenen Gesetzesrechtseinrichtungen ausgeführten Aufgaben in etwas Geringerem als dem Trust gipfelt, muss man unweigerlich schliessen, dass es im positiven Recht Frankreichs keinen Ersatz für den Trust gibt. Noch beunruhigender ist das Fehlen von allgemeinem juristischem Interesse an diesem Mangel und besonders an seiner wirtschaftlichen Bedeutung.

1) P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1147, unterstützt den Standpunkt, dass es nur einen wirklichen Ersatz für den Trust gäbe, nämlich die Fiducia. Er erklärt dann, dass dies, obgleich veraltet, die Lösung sei, obwohl sie noch nicht der juristischen und praktischen Auslegung oder Benutzung unterworfen ist. Deshalb muss man schliessen, dass, wie es heute aussieht, die Fiducia in der Tat weit davon entfernt ist, ein Ersatz zu sein.

C. Andere Länder des Zivilrechts.

Deutschland und Frankreich sind die bekanntesten Verfechter des Gesetzesrechts. Das deutsche Rechtssystem ist im Grunde ein Erzeugnis des römischen Rechts, das den ursprünglichen deutschen Bedürfnissen angepasst ist; dieses schmälert jedoch nicht den tatsächlichen Beitrag des deutschen Gewohnheitsrechts (Germanisches Recht). Der Code Napoléon und die lateinische Rechtswissenschaft sind die Grundlagen des französischen Rechtssystems. Andere Länder der Gesetzrechtsgemeinschaft spiegeln den Einfluss dieser beiden Systeme, nämlich Frankreichs und Deutschlands, wider. Dies ist besonders offensichtlich in den Einrichtungen, die überall im Gesetzesrecht zu finden sind. Es wäre vielleicht richtiger, die weitreichende Bedeutung des römischen Rechts und die Annahme seiner Einrichtungen anzuerkennen, die das Gesetzesrecht mit nicht nur individuellen behelfsmässigen Einrichtungen durchdringen. Infolgedessen genügt eine eingehende Prüfung der französischen und deutschen Einrichtungen, welche die vorherrschenden Einrichtungen in allen Ländern des Gesetzesrechts berücksichtigt. Eine weitere Prüfung der einzelnen Einrichtungen der Länder des Gesetzesrechts würde, obgleich sie interessant und vielleicht notwendig wäre, in diesem Falle überflüssig sein. Die folgenden Ausführungen sollen die Ergebnisse der Betrachtung anderer Systeme des Gesetzesrechts aufzeigen.

Die Schweiz: Das schweizerische Recht spiegelt die geographische Berührung mit Frankreich und Deutschland wider.

Ein starker deutscher Einfluss ist offensichtlich, der besonders in einer Anzahl von Einrichtungen spürbar ist, inter alia ihre Treuhandeinrichtung.

Das Wort Treuhand ist in der Schweiz nicht einer gleichbleibenden Auslegung unterworfen, noch wird es für bestimmte gleichförmige Fälle angewandt. Es wird anscheinend angewandt, um verschiedene rechtliche Beziehungen mit einem geringen Aufwand zur Klärung und Begrenzung bestimmter Fälle zu beschreiben.¹⁾

Der Treuhand misst man in der Schweiz praktisch nur wenig mehr Bedeutung als dem Quasi-trust bei. Das deutsche Recht erkennt eine Treuhand oder fiducia an, die im allgemeinen für die Sicherungsübereignung angewendet wird; diese Praxis wird jedoch in der Schweiz nicht anerkannt, ein Ergebnis ihrer Nichtzulassung in Art. 717 des Schweizer Obligationenrechts.²⁾

Eine weitere Untersuchung der Fiducia im Schweizer Recht offenbart eine Einrichtung, die sichtlich weniger wirksam ist als die Fiducia des deutschen Rechts.³⁾ Die Gerichte haben nicht den Schutz des Begünstigten entwickelt, wie es die deutschen Gerichte getan haben.⁴⁾ Dieses zeigt die zurückhaltende und konservative Haltung der Schweizer Gerichte, besonders im Hinblick auf die Tatsache, dass ihnen

1) F. Weiser, s.o.S. 13 und Anm. 4; F. Gubler, a.a.O. 217a und 467: Der moderne schweizerische Sprachgebrauch des Wortes "Treuhand" ist undiszipliniert.

2) F. Weiser, a.a.O. 45 ff; vgl. F. Gubler, a.a.O. 469.

3) S.o.S. 79.

4) S.o.S. 80, 81 und Anm. 2; A. Nussbaum, a.a.O. 417; Art. 518 I, 595 III ZGB.

durch Art. I des schweizerischen Zivilgesetzbuches eine grosse Macht für die Schaffung neuen Rechts zugestanden wird.

Die Schweizer Fiducia zeigt sich, verglichen mit dem deutschen Gegenspieler, a fortiori verhältnismässig unfähig, Trust-Ergebnisse zu erreichen. F. Gubler¹⁾ sagt: "Die Fiduzia der kontinentalen Rechtssysteme kann dem Nutzungsberechtigten nicht den Schutz gewähren, den der Benefiziar eines Trust in so weitreichendem Masse geniesst. Weder hat der vermögensrechtlich Berechtigte eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses bis heute ein Zugriffsrecht auf seine Sache, wenn der Fiduziar sie veruntreut, noch hat er die Befugnis, das Treugut gegen die Masse ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen, noch geniesst er den besonderen intensiven Schutz, den die Mitwirkung der Gerichte bei der Verwaltung eines Trust bietet."

Man behauptet, dass das Schweizer Recht besondere Einrichtungen kennt; mit denen gleiche oder ähnliche Zwecke wie mit dem Trust erreicht werden können.²⁾ Diese Meinung wird dadurch unterstützt, dass man nachdrücklich die Stiftung und ihre Ähnlichkeit mit dem (charitable Trust) Wohltätigkeitstrust betont, besonders was ihre juristische Verselbstständigung der Wohlfahrtsfonds betrifft.³⁾ (Eine derartige Einrichtung ist auch im deutschen Recht bekannt, jedoch mit geringen Abweichungen, §§ 80 - 89 BGB). Dieses Beispiel

1) F. Gubler, a.a.O. 348a, hat wie P. Lepaulle auf die wesensmässige Annäherung hingewirkt und eine eingehende Betrachtung des Trust und seine Ähnlichkeit mit Schweizer Einrichtungen behandelt; vgl. E. Huber, a.a.O. 64-6; A. Drucker, a.a.O. 550 ff; H. Meyer, a.a.O. 379.

2) Dazu E. Huber, a.a.O. 64.

3) Siehe F. Gubler, a.a.O. 437.

ist gut gewählt und die Ähnlichkeit besteht tatsächlich; prüft man jedoch weiter nach, so taucht besonders bei der Familienstiftung ein Widerspruch auf. Diese Einrichtung, nämlich die Familienstiftung, entsteht mit der Widmung des Vermögens zu dem Zweck, gewisse Interessen der Familie zu wahren. Die Vermögenswerte gehören der Stiftung, welche durch ihre gehörig bevollmächtigten Vertreter handelt. Die Begünstigten haben keine Rechte an den Vermögenswerten; sie haben nur ein obligatorisches Recht, möglicherweise das Recht, die Personen, die für die Stiftung handeln dürfen, zu verklagen, wenn diese die in der Gründungsurkunde vorgesehenen Bestimmungen verletzen. Die Zwecke, für die eine Familienstiftung gegründet werden kann, sind in Art. 335 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches aufgezeichnet. Es ist jedoch heftig und offensichtlich erfolgreich bestritten worden, dass derartige Zwecke ausschliessliche sind und dass Trust-Zwecke, d.h. der Schutz bestimmten Eigentums und die Sicherung des Einkommens für namentlich benannte Begünstigte, als unzulässige "Unterhaltsstiftungen"¹⁾ gesetzlich ausgeschlossen sind. (B.G.B. 71 I 265, 268 (1945); B.G.E. 73 II 86 (1947)).

Die schweizerischen gesetzlichen Einrichtungen entsprechen nicht den Bedürfnissen des Trust, noch halten sie einen Vergleich mit ihm aus.²⁾

1) Hierüber F. Gubler, a.a.O. 455, 461; H. Meyer, a.a.O. 378.

2) A. Drucker 552: They (Dr. Reymond and Dr. Gubler) definitely felt that the Trust meets certain needs which cannot be equally served within existing law.

Italien: Das italienische Recht beruht sicher auf dem Code Napoléon und dem römischen Recht. Das Ergebnis der Untersuchungen des französischen Rechts könnte im wesentlichen auch auf das italienische System angewendet werden. Schriftsteller, wie Ferrera, Ascarelli, Cariota-Ferra und Franceschelli, haben viel zu dem Anwachsen an Ausmass und Begrenzung der fiduziarischen Geschäfte beigetragen,¹⁾ obgleich sie feststellten, dass die gemeinsamen Merkmale eine Verbindung eines dinglichen mit einem rein obligatorischen Bestandteil bilden.

Spanien: Das spanische Rechtssystem, das auch im Code Napoléon und dem römischen Recht wurzelt, hat neuerdings Interesse am Trust gezeigt.²⁾ Obgleich man sagen muss, dass sich Spanien heutzutage einer Annahme des Trust widersetzt, erkennt es doch die geschäftliche Bedeutung des Trust an, und wenn ein Schritt in Richtung des Trust bevorstände, so würde er im geschäftlichen und Bankbereich beginnen, z.B. Mexiko.³⁾

Zusammenfassend muss die Frage nach der Möglichkeit, ob die Einrichtungen des Gesetzesrechts den Trust ersetzen können, unbedingt mit nein beantwortet werden. Zivilrechtler haben gelegentlich zahlreiche Einrichtungen ihrer Systeme dazu

1) F. Weiser, a.a.O. 64 ff.

2) Darüber J. Garrigues, a.a.O. 25 ff.

3) A.a.O. 35; s.o.S. 135.

benutzt, um zu zeigen, dass sie umfangreich genug sind, um Trustergebnisse zu erzielen.¹⁾ Diese Methode verlangt grosse Verantwortlichkeit und stellt grosse Forderungen an den Anwalt; erstens muss er feststellen, welche Zusammenfassung (Kombination) von Einrichtungen erforderlich ist; zweitens eine genaue Kenntnis des Gesetzbuches, der Einrichtungen und der richterlichen Rechtsanwendung; und drittens muss er eine Form finden, die die Ziele der Parteien verwirklicht und ihre Interessen schützt. Ungeachtet dessen, wie geschickt der vom Anwalt angewandte Ersatz für den Trust sein mag, kann in diesem Falle nichts wegen der mangelnden Elastizität des Gesetzesrechts unternommen werden, ein Faktor, der gerade der Kernpunkt eines solchen Schemas sein kann.²⁾

Die Gesetzesrechtsländer haben nichts, was dem anglo-amerikanischen Trustrecht³⁾ entspricht. Die Bemühungen der Juristen in den einzelnen Ländern, eine trustähnliche Einrichtung zu schaffen, zeigen, dass das Gesetzesrecht einer solchen Einrichtung bedarf. In vollem Bewusstsein dieser letzten beiden Feststellungen und trotz der Achtung für die Vorschläge verschiedener Juristen ist die Entwicklung einer trustähnlichen Einrichtung durch festländische Gesetzesrechtssysteme weder durch gesetzgeberische Tätigkeit, noch durch die Entwicklung der Rechtsprechung, noch durch die Praxis sicherlich weder erfolgsversprechend noch nahe bevorstehend.

1) Siehe P. Lepaule, Trust Substitutes, a.a.O. 1126 ff.; F. Gubler, a.a.O. 223 ff.

2) L. Vilella, a.a.O. 374.

3) Vgl. E. Schwenk, a.a.O. 391; J. Wisdom, a.a.O. 80; O'Quin, a.a.O. 592; R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 407.

Hegen die Hauptschwerpunkte des Gesetzesrechts eine eingefleischte Abneigung gegen jegliche fremde Einrichtung? Besteht die Sorge, dass sie einen Widerspruch schaffen würde, dass sie, weil sie fremd ist, die Festigkeit, Logik und Einheit, die eigentlichen Grundlagen des Gesetzesrechts erschüttern würde? Und was ist mit denjenigen Gesetzesrechtsländern, welche diese Furcht den Bedürfnissen des modernen Lebens geopfert haben?

IV. Die Übernahme des Trust durch das Gesetzesrecht.

Dass der Trust mit Erfolg übernommen wurde und in den Gesetzesrechtssystemen eine nützliche Tätigkeit ausübt, ist eine feststehende Tatsache. Die Initiative hierzu wurde von Rechtsgelehrten, Gesetzgebung, Gerichten, Handels- und Bankeinrichtungen und Praktikern ergriffen. Der Anreiz kann in irgendeinem Lande durch eines der oben erwähnten Organe oder durch mehrere von ihnen gemeinsam entstanden sein. Die Art der Übernahme war auch verschieden. J. Wisdom¹⁾ unterscheidet drei Arten der Entwicklung des Trust innerhalb des Gesetzesrechts;

(1) die Ausdehnung der vorhandenen gesetzesrechtlichen Ersatzeinrichtungen oder die Überprüfung von römischen Einrichtungen, die vielleicht veraltet sind; (2) völlige Übernahme des anglo-amerikanischen Trust in seinen eigenen gesetzesrechtlichen und billigkeitsrechtlichen Begriffen durch ein umfassendes Gesetzesbuch; (3) Annahme des anglo-amerikanischen Trust in Begriffen des Gesetzesrechts.

R. Alfaro²⁾ hat sich auch für eine derartige Annäherung ausgesprochen.

V. Bolgár³⁾ stellt die interessante Beobachtung an, dass diejenigen Gesetzesrechtsländer, die weniger unter dem

1) J. Wisdom, a.a.O. 78 ff.; L. Vilella, a.a.O. 381.

2) R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 30, hat unter (1) die Provinz Quebec, Schottland und die südafrikanische Union zusammengefasst; unter (2) führt er Louisiana, Japan, China und Liechtenstein auf, und unter (3) Panama Mexiko und Puerto Rico. Man fragt sich, warum er Ceylon nicht mit einbegriffen hat; R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 408 ff.

3) Vgl. V. Bolgár, a.a.O. 208.

Einfluss des Code Napoléon standen, bei der Berührung mit dem englischen Recht schnell den Trustbegriff angepasst haben. J. Mayda¹⁾ ist von dem allgemein wirtschaftlichen Element beeindruckt, das in allen Fällen vorhanden ist, wo der Trust übernommen wurde.

Wie auch immer die Art der Übernahme und Anerkennung sei, welches auch immer die dazu beitragenden Faktoren sein mögen, der Trust besteht und zeigt, dass er im Gesetzesrecht gedeiht. Daher ist eine Prüfung, ob der Trust in das Gesetzesrecht übernommen werden soll, unumgänglich für die Rechtsordnung, die Interesse am Trust zeigt, sei es für wirtschaftliche, wohltätige, verwaltungsmässige oder familiäre Zwecke; für diejenigen, die Sorge haben, ob er mit dem gegensätzlichen Prinzipien des Gesetzesrechts in Einklang zu bringen sei, und selbst für diejenigen, die ihn verachten. Eine derartige Abhandlung kann nicht nur Hilfe, Anleitung und möglicherweise Anreiz für diejenigen geben, die einen Trust oder eine trust-ähnliche Einrichtung wünschen, sondern kann dazu beitragen, Ablehnung, Vorurteile und Missverständnisse zu beseitigen.

In der Absicht, die verschiedenen Rechtsordnungen in festgesetzte Gruppen einzuteilen, besonders da das Abgesonderte oft zum Nebensächlichen werden kann, betrachtet Abteilung A jede Rechtsordnung und ihre Annahme des Trust individuell. Abteilung B bezieht sich auf technische Massnahmen und Verfahrensarten, die bei der Beseitigung von Hindernissen des Gesetzesrechts angewandt werden, wie diese bereits in Kapitel II dieser Arbeit erörtert worden sind.

1) J. Mayda, a.a.O. 1052 und 1053, so wie wirtschaftliche Bindungen mit Ländern, die den Trust anwenden.

A. Zivilrechtsordnungen, die den Trust anwenden.

1. Schottland.

Für einen Common Law-Juristen ist es in der Tat überraschend, dass Schottland, ein Mitglied des Britischen Commonwealth, das an England, die Zitadelle des Common Law angrenzt, eine Rechtswissenschaft hat, die auf dem römischen Recht beruht.¹⁾ Es ist überliefert, dass Trusts in der Mitte des 17. Jahrhunderts fast unbemerkt über die Grenze nach Schottland gekommen sind.²⁾ Durch allmähliche Anerkennung passte sich das zivilrechtliche Denken dem Trust als eine Zusammenfassung von zwei Verträgen, nämlich Verwahrung und Auftrag an. Lord Präsident Inglis sagte im Jahre 1890: "Ein Trust ist ein Vertrag, der auf der Grundlage von den beiden Nominalverträgen Verwahrung (deposit) und Auftrag (Mandate) errichtet worden ist. Das Trustvermögen wird zur sicheren Verwahrung gegeben, und der Trustee erhält einen Auftrag zur Verwaltung dieses Vermögens."³⁾ Es ist Kritik laut geworden,⁴⁾ aber der Trust wirkt sich

1) Vgl. G. Stephenson, a.a.O. 21, sieht Schottland als der Common Law Rechtsprechung so nahestehend an, dass er es in diesem Sinne in seinem Buch auführt; vgl. J. Wigmore, A Panorama of the World's Legal Systems, Washington, D.C. 1936, S. 1014 und 1142.

2) Hierüber M. Amos, The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations, 50 Harvard L. Rev., Cambridge 1937, S. 1264.

3) Croskery v. Gilmour's Trustee, 17 Sess. Cas. 697 (1890).

4) Allen v. M'Combie's Trustees, Sess. Cas. 710 (1909). Die Definition wurde kritisiert, weil weder bei einem Verwahrungsvertrag (deposit) noch bei einem Auftrag (mandate) das Eigentumsrecht auf den Verwahrer noch auf den Beauftragten übergeht, während beim Trust das Eigentum auf den Trustee übertragen wird.

mit Hilfe von umfangreichen Auslegungen der Gerichte aus, und es besteht wenig Zweifel, dass der Trust in Schottland heute wie der Trust in England arbeitet.¹⁾

2. Provinz Quebec in Kanada.

Ogleich das französische Recht und sogar die coutumes (Gebräuche) von Paris 1663 in Quebec eingeführt worden sind, wurde es 1763 im Vertrag von Paris an Grossbritannien abgetreten. Folglich wurde Quebec von der Gesetzesideologie, die aus der französischen Revolution entstand, wenig betroffen. Die liberale Politik des französischen Rechts aus der Zeit vor der Revolution blieb mit Rücksicht auf fiduziarische Einsetzungen, testamentarische und inter vivos-Schenkungen sowie Heiratsverträge zugunsten von enfants a naitre bestehen.²⁾ Dies schuf zusammen mit einem starken Einfluss des Gewohnheitsrechts (Common Law) einen fruchtbaren Boden für die Entwicklung des Trust. Der Weg war bereitet, die Trustgesetzgebung wurde im Jahre 1879 angenommen und erschien in der Folge im Gesetzbuch von 1888.³⁾

1) Siehe G. Stephenson, a.a.O. 156: The principal legislation affecting trust business consists of (1) the royal charters and acts of Parliament incorporating specific Trust institutions as the Bank of Scotland Act 1920; (2) the Companies Acts, 1862-1880; and (3) the Trusts (Scotland) Act, 1921; Stephenson stellt eine interessante Beobachtung an S. 168: As its Trusts Act of 1921 shows, Scotland had done progressive thinking on Trust law even before England modernized its Trust laws in 1925.

2) Darüber V. Bolgár, a.a.O. 208.

3) 42 & 43 Vict., c. 29, Art. 981 (a-1), 1879.

Im französischen geschriebenen Gesetzbuch ist es De La Fiducie genannt und in der englischen Fassung On Trusts.¹⁾ Es herrschte Sorge über die Tatsache, dass Trusts den gesetzesrechtlichen Einrichtungen von Auftrag und Verwahrung angepasst wurden. Es wurde jedoch festgelegt, dass das Gesetzbuch auf dem englischen Trustgesetz begründet und so ausgelegt werden sollte.²⁾

Offensichtlich fühlte die Provinz Quebec beim Gebrauch des Ausdrucks Fiducie für ihre Trusteinrichtungen, dass die frühere Einrichtung des römischen Rechts, die Fiducia, lange genug ausser Gebrauch war, als dass eine Verwirrung entstehen konnte. Die Fiducia wurde bei Kaiser Konstantin abgeschafft und galt zur Zeit Justinians als lange überholt.³⁾

Ungeachtet einer eventuellen früheren Meinungsverschiedenheit⁴⁾ ist es jetzt offensichtlich, dass die Fiducie der Provinz Quebec und der englische Trust im wesentlichen dasselbe sind.⁵⁾

1) M. Faribault, *Traité théorique et pratique de la Fiducie*, Montreal 1936, passim.

2) Curran v. Davis, S.C.R. 283, 1933.

3) Siehe L. Vilella, a.a.O. 388; R. Patton, *Trust Systems*, a.a.O. 416, Anm. 43.

4) J. Garrigues, a.a.O. 31, Der Trustee (Treuhänder) wurde im Gesetzbuch von 1879 als Beauftragter oder Verwalter angesehen. Er (Garrigues) spürt, dass dies den wesentlichen Unterschied zwischen dem echten Trust und der Verwahrung, bei denen es keine Übertragung des Eigentumsrechts gibt, ausser acht lässt; R. Alfaro, *Trust and the Civil Law*, a.a.O. 30.

5) R. Patton, *Trust Systems*, a.a.O. 411.

3. Südafrika.

Südafrika und Ceylon sind Länder des römisch-holländischen Rechts. Sie waren als solche nicht den Ideen unterworfen, die im französischen, der Revolution folgenden Recht herrschten. Es ist interessant, dass das Recht von Südafrika und Ceylon, das römisch-holländische System, wie es in Holland am Ende des 18. Jahrhunderts bestand, nicht mehr das Recht von Holland ist.¹⁾ Der britische Einfluss wurde erstamls 1795 beobachtet und blieb weiterhin offensichtlich, besonders in Gesetzen über Schiffs- und Bankwesen.

Die Entwicklung des Trust in Südafrika hat einen anderen Weg eingeschlagen als die in Ceylon. In Südafrika wurde der Trust ohne besondere gesetzgeberische Anordnung eingeführt. Die Gerichte begannen, das billigkeitsrechtliche Vermögen anzuerkennen und, was noch bedeutender ist, dem Käufer für eine Valuta ohne Notifikation das Billigkeitsrecht zu verweigern.²⁾ Der Trust wird unterstützt und funktioniert mit Hilfe der umfangreichen Auslegung der Gerichte.

1) Hierüber M. Amos, a.a.O. 1251; J. Wigmore, a.a.O. 1141; Vgl. G. Stephenson, a.a.O. 23, schreibt bei der Betrachtung des südafrikanischen Rechts: the Common Law has become dominant. Und auch S. 428 ff.

2) Dazu R. Lee, a.a.O. 100.

Südafrika hat den Trust in das römisch-holländische Rechtssystem eingeordnet, und es entwickelte sich stetig ein wohlabgerundetes System von Trustgeschäften.¹⁾

4. Ceylon.

Wie oben erwähnt, bildet das römisch holländische Rechtssystem die Grundlage für das Recht von Ceylon.²⁾ Jedoch die Nähe zu Indien und die Tatsache, dass Ceylon 1798 eine britische Kolonie wurde, setzte es dem Einfluss des Common Law aus. Die Annahme des Trustgesetzbuches von Ceylon wurde auch wie in Quebec durch vorangehende Anerkennung des Trust vorbereitet. Ein 1917 ausgearbeitetes Gesetzbuch enthielt das englische Trustrecht.³⁾ Als Ergebnis findet man in Ceylon heute beides in Benutzung; das fideicommissum und einen gesetzlich geregelten Trust (dessen Funktionen so ausgedehnt sind, wie diejenigen der Common-Law-Länder).

1) Vgl. J. Wisdom, a.a.O. 82; Estate Kemp v. McDonald's Trustee, South Afr. L.R., 1915, A.D. 491, per Innes, C.J., 504; R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 30; sagt, dass der Trust in Südafrika den Begriffen von Auftrag und Verwahrung angepasst ist; R. Patton, Trust Systems a.a.O. 386; R. Lee, Roman-Dutch Law in the British Commonwealth of Nations, 1931, S. 374; G. Stephenson, a.a.O. 429 ff.: Australia and New Zealand each credits South Afrika with having given it the idea of the Trust institution (corporation engaged in Trust business under authority of law). Siehe auch S. 458 f.

2) Dazu s.o.S.127 Anm. 1 ff; vgl. G. Stephenson, a.a.O. 23, 462; R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 30, schloss Ceylon nicht als eine Gesetzesrechtsordnung ein, die den Trust angenommen hatte.

3) The Ceylon law on Trusts is Ordinance No. 9 of 1917; siehe auch Public Trustee Ordinance, No. 1 of 1922, of Ceylon.

5. Der Staat Louisiana, U.S.A.

Louisiana, eine gesetzesrechtliche Ausnahme in dem sonst so gleichförmigen Common Law-Aussehen Amerikas, ist zum Teil dem unausgesetzten Druck des Common Law erlegen und hat den Trust angenommen. Das war ein höchst verwickelter Vorgang, besonders weil die Gesetzesbücher von Louisiana aus den Jahren 1808 und 1825, die den Einfluss des Code Napoléon widerspiegeln, dadurch den Eifer des französischen Rechts übertrafen, dass sie das fidei-commissum verboten.¹⁾ Diese Vorschriften erscheinen auch in dem revidierten Gesetzbuch von 1860. Der Trust wurde von den Gerichten Louisianas als fidei-commissum bezeichnet, um als solches unterbunden zu werden.²⁾ Es wurde nichts daran geändert bis 1882. Damals befreite, veranlasst durch die Geschenke Paul Tulanes an die nach ihm benannte Tulane University, die Gesetzgebung alle Schenkungen mortis causa oder inter vivos an Trustees für Erziehungs-, wohltätige oder literarische Zwecke oder zugunsten von Erziehungs-, wohltätigen oder literarischen Einrichtungen, die schon bestanden oder gegründet werden sollten, von dem Verbot der Substitution und des fidei-commissum. Um die Wende des Jahrhunderts liess die Abneigung gegen den Trust allmählich nach.

Im Jahre 1902 liess die Gesetzgebung Banken zu der Ausübung von Trustgeschäften zu. Das Jahr 1914 brachte eine Gesetzgebung, die den Trustees gestattete, für Inhaber von Obli-

1) Darüber V. Bolgár, a.a.O. 209; F. Stone, a.a.O. 368,9.

2) 1852, 7 La. Ann. 395.

gationen und Schuldverschreibungen zu handeln, und 1920 vollendete die Gesetzgebung diese Verkettung von Massnahmen und liess Trusts mit begrenzter Dauer gesetzlich zu.¹⁾ Überraschenderweise wurde das Gesetz über das Trustvermögen von 1920 im Jahre 1935 aufgehoben. Indessen sind die Gründe für die Aufhebung mehr politischen Erfordernissen als einer zivilrechtlichen Lehre zuzuschreiben.²⁾ Dann wurde 1938 hauptsächlich dank der Bemühungen des Bankenverbandes von Louisiana der Estate Act von Louisiana von 1938 geschaffen und der ist mit nur geringen Abänderungen noch heute in Kraft.

Der Annahme des Common Law Trust in Louisiana ging keine Entwicklung einer Zivilrechtseinrichtung voraus, noch eine Erläuterung durch einen Ausdruck des Gesetzesrechts. Mit den Worten J. Wisdoms³⁾, "... es war das Ergebnis einer vollständigen Kapitulation. Jedoch eine ehrenwerte Übergabe Er (der übernommene und kodifizierte Trust) ist ein einfacher, ungeschminkter, ausdrücklicher Trust, wie er allen, die mit dem angelsächsischen Recht vertraut sind, bekannt ist."

1) Louisiana Constitution of 1921, Art. IV, S. 16.

2) Hierüber F. Stone, a.a.O. 371.

3) Siehe M. Franklin, Proposals for Amendment of the Louisiana Trust Act and Louisiana Life Insurance Exemption Statute, 8 Tulane L. Rev., New Orleans 1934, S. 483 ff.; E. Nabors, The Shortcomings of the Louisiana Trust Estates Act and some of the Problems of Drafting Trust Instruments Thereunder, 13 Tulane L. Rev., New Orleans 1939, S. 178 ff.; O'Quin, Our Trust Estates and their Limitations, 22 Tulane L. Rev., New Orleans 1948, S. 585 ff.

6. Liechtenstein.

Es ist in der Tat bemerkenswert, dass Liechtenstein das einzige festländische Land ist, das den Trust angenommen hat und dieses schnell und unwiderleglich getan hat, während seine benachbarten Gesetzesrechtsländer bei der Annahme Schwierigkeiten haben (Trust). Zweifellos wollte Liechtenstein fremdes Kapital und fremde Kapitalanleger heranziehen, um mit jenem zu arbeiten und diese in seinem Land anzusiedeln.¹⁾ Seit 1926 hat Liechtenstein ein vollständiges und verwickeltes Trustrecht zur Verfügung gestellt, das in den Artikeln 897 bis 932 und 614 bis 615 enthalten ist. Das Gesetz wurde nach dem angelsächsischen Muster des Trust gestaltet, aber man achtete darauf, es mit dem deutschen Treuhandbegriff in Übereinstimmung zu bringen.²⁾

Der Treuhänder wird so angesehen, als hätte er ein dingliches Verwaltungsrecht, abgesehen von den im Grundbuch eingetragenen Rechten, und die Treuhand wird in einem Register eingetragen.³⁾ Von entscheidender Bedeutung ist die Art, in der die Gesetzgebung den Gerichten auf dem Gebiet des Trust weitgehende Rechte eingeräumt hat, in dem sie mit Recht entschied, dass dies für eine wirksame Trusthandhabung wesentlich ist.

1) Vgl. J. Mayda, a.a.O. 1052; 2 Arminjon-Nolde-Wolff, a.a. O. 220: A la faveur de cette législation et en raison des facilités qu'elle accorde à leur constitution, un grand nombre de sociétés anonymes ont été établies au cours des dernières années au Liechtenstein par des étrangers: ains; ce petit pays menace de devenir un Delaware européen.

2) Siehe J. Garrigues, a.a.O. 31; B. Guggi, Treuhänderschaft und Treuunternehmen (Trust) im liechtensteinischen Recht, 1954, S. 3.

3) S.u.S. 145; F. Weiser, a.a.O. 50 ff.

7. Panama.

Doktor R.J. Alfaro, der als Vater der Trustbewegung in Lateinamerika angesehen wird und den die in der Code Civil von Panama ungelösten Probleme störten,¹⁾ begann eine vergleichende Untersuchung der Trustgrundsätze mit der Code Civil von Panama. Er hatte den Mangel an Elastizität bei den gesetzesrechtlichen Einrichtungen erfahren. Jede einzelne entspricht einem strengen, begrenzten und genauen Begriff.²⁾ Seine Untersuchung endete damit, dass die Probleme nicht mit Hilfe der üblichen technischen Mittel oder Einrichtungen des Gesetzesrechts noch durch die Errichtung bedingter fidei-commissa nach dem alten römischen Vorbild gelöst werden können; er war jedoch davon beeindruckt, mit welcher Leichtigkeit der Trust die Probleme lösen kann. Als Ergebnis schrieb er im Jahre 1919 eine kleine Abhandlung über die Übernahme des Trust in das Gesetzesrecht und verfasste einen Gesetzentwurf, der in der Folge das Panama Trustgesetz von 1925 wurde.³⁾

R. Alfaro's Gesetz regelt die Schaffung von Trusts in Einklang mit den Begriffen und der Nomenklatur des Gesetzesrechts. Es bezeichnet das "neue" fidei-commissum (nuevo fidelcomiso) als "einen unwiderruflichen Auftrag" (Irrevocable Mandate)⁴⁾; dabei wird ein gewisses Vermögen an

1) Columbianische Civil Code war in Kraft in Panama bis 1916.

2) S.o.S. 14; L. Vilella, a.a.O. 26 ff.

3) R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 26 ff.

4) A.a.O. 36 ff.

eine Person übertragen, die Trustee (fiduciario) genannt wird. Sie soll darüber aufgrund der Bestimmung der Partei verfügen, die das Eigentum überträgt (Treugeber, settlor, fidei-comitente), zugunsten einer dritten Person (Begünstigter, cestui que, fideicomisario). So glaubt Alfaro, dass die Übernahme des Trust durch das technische Mittel des "unwiderruflichen Auftrags" (Panama Gesetz 9 von 1925, Art. 1) erreicht werden könne.

R. Alfaro hat versucht, eine Verwechslung mit dem fidei-commissum auszuschalten und hat diese neue Einrichtung das "neue" fidei-commissum genannt. Diese Methode wurde jedoch kritisiert, weil die Zivilrechtler, obgleich vertraut mit dem gesetzlichen Begriff des Auftrags und seiner rechtlichen Folgen, mit unwiderruflichen Aufträgen völlig unvertraut sind; dadurch wird die Absicht, den Trust mit Begriffen des Gesetzesrechts¹⁾ zu erklären, vereitelt. Diese Methode kann sich sogar zu einer völlig anderen Einrichtung entwickeln und im Endergebnis ihr Ziel verfehlen.

Durch die im Wege der Gesetzgebung erfolgte Ausdehnung des unwiderruflichen Auftrags und des fidei-commissum erhielt Panama den Trust. Es wäre eine nicht zutreffende und ungenaue Beurteilung, wollte man die Wirkung des Begriffs "unwiderruflicher Auftrag" zu stark betonen,

1) S.u.S. 34, Anm. 1.

da das "nuevo fideicomiso" trustähnliche Zwecke erzielt¹⁾ und, obgleich es erst vor 36 Jahren eingeführt wurde, eine erfolgreiche Entwicklung in Panama genommen hat.²⁾

8. Puerto Rico.

Im Jahre 1928 erliess Puerto Rico³⁾ ein Trustgesetz, welches das Trustgesetz Panamas vollständig übernahm mit nur solchen Abweichungen und Abänderungen, die sich mit Rücksicht auf die Gesetzessprache (Terminologie) und auf die örtliche Anwendung als notwendig erwiesen. R. Alfaro berichtet⁴⁾, wie ein Anwalt aus Puerto Rico (M. Guerra-Mondragon) vor einem Problem stand, das nur mit Hilfe eines Common Law Trusts gelöst werden konnte. Er wusste, dass dies in seinem

1) Vgl. L. Vilella, a.a.O. 384; vgl. R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 28, hat seitdem gewisse Zugeständnisse gemacht. Er findet es unwichtig, ob man den Trust als "unwiderruflichen Auftrag", "Vertrag" oder "Geschäft" bezeichnet. Wesentlich ist, dass im Gesetzesrecht die Aufgabe oder Funktion des Trust und seiner gesetzlichen Wirkungen klar umschrieben werden kann. Und so lautet die Antwort an diejenigen, welche diese Fiktion oder Auffassung kritisierten, wenn sie nur aus pragmatischen Gründen angenommen würde. Es ist interessant zu beobachten, dass der Entwurf für ein Trustgesetz, der auf der interamerikanischen Juristenvereinigung (Inter-American Bar Federation) in Montevideo, Uruguay, erörtert wurde, um Verwirrungen und Missverständnisse zu vermeiden, in der Definition des Trust das Wort "Geschäft" durch "unwiderruflichen Auftrag" ersetzt.

2) J. Wisdom, a.a.O. 82,2.

3) Das geltende bürgerliche Gesetzbuch ist noch das spanische Gesetzbuch von 1889; für eine Erörterung und einen Vergleich mit dem Trustgesetzbuch von Panama und Puerto Rico siehe R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 420-423; auch L. Vilella, a.a.O. 388-397.

4) R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 30.

(civil law) Gesetzesrechtsland unmöglich war und stiess zufällig eines Tages auf den Text des Gesetzes von Panama und sah ein, dass so etwas in Puerto Rico gebraucht wurde. In der Folge legte er den Gesetzesentwurf vor, der später Gesetz wurde. Die 41 Gesetze von Puerto Rico, die Trusts und Trustgesellschaften zulassen, wurden am 23. April 1928 verabschiedet.

Es ist bedeutsam, dass die Gesetze von Panama, Mexiko, und Puerto Rico das Trustsystem in Übereinstimmung mit einer rein zivilrechtlichen Auffassung und Terminologie regeln.

9. Mexiko.

Mexiko sah sich, wenn es das Wachstum und die Entwicklung des Bankwesens zu Beginn des 20. Jahrhunderts besonders in den Vereinigten Staaten beobachtete, von der Notwendigkeit überzeugt, sein eigenes Banksystem auszuweiten. Eine Bankenversammlung im Jahre 1924 erkannte den Wert einer trustähnlichen Einrichtung, und das Bankgesetz aus demselben Jahr war ein entschiedener Fortschritt, weil es dem fideicomiso solche Wirkungen verlieh. Das im Jahre 1926 eingeführte "Bancos de Fideicomiso" Ley beruhte hauptsächlich auf den Werken und Schriften R. Alfaro, spiegelte aber auch die von Jorge Vera Estanol und die von anderem weniger bedeutenden Quellenmaterial übernommenen Meinungen wider.¹⁾

1) Siehe R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 423 ff.; R. Pasquel, Jus, 1 (Mexiko D.F., July 1944), Report of Third Conference of Inter-Am. Bar Association.

Das Gesetz von 1926 (Artikel 1 und 2) bezeichnete den Fideicomiso als einen "unwiderruflichen Auftrag" und bewies somit eine Verwandtschaft mit den Gesetzen von Panama und Puerto Rico. Indessen ist die Wirkung des mexikanischen Gesetzes dadurch beschränkt, dass es natürlichen Personen nicht gestattet, Trustee zu werden. Dadurch muss man das fideicomisum ausschliesslich als eine bankgeschäftliche Tätigkeit betrachten, bei der nur ausdrücklich zugelassene Banken als Trustee handeln können.¹⁾ Das mexikanische Gesetz für Wertpapier- und Kreditgeschäfte aus dem Jahre 1932 berichtigte einige Mängel des Gesetzes von 1926 und zeigte den Einfluss der Auffassung von P. Lepaulle.²⁾

Das mexikanische Trustgesetz ist in zwei allgemeinen Vorschriften niedergelegt: dem allgemeinen Gesetz von handelbaren Papieren und Kreditgeschäften (Ley General de Titulos y Operaciones de Crédito) und dem allgemeinen Gesetz von Bankeinrichtungen (Ley General de Instituciones de Crédito). Man kann sagen, dass das fideicomiso in Mexiko sich als praktisch wertvoll erwiesen hat. "Abgesehen von den Beschränkungen für die Person des Trustee und der daraus folgenden Unmöglichkeit für einen Treugeber (settlor), durch die bloss Übergabe oder Erklärung eines Vermögensstückes als Treugut Trustee (Treuhandler) seines eigenen Vermögens zu werden, genügt für den Zweck dieses Abschnitts die Feststellung,

1) Hierüber R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 30.

2) Darüber J. Garrigues, a.a.O. 31,2; O. Rabasa, El Derecho, Anglo-Americano 1944, S. 298; R. Patton Trust Systems, a.a.O. 424, 425; P. Lepaulle, Outsider's Viewpoint, a.a.O. passim.

dass der Typ eines genehmigten ausdrücklichen Trust z.B. nicht mehr von dem in Louisiana zugelassenen Trust abweicht als ein von den Gesetzen in Texas genehmigter Trust".¹⁾

10. El Salvador.

El Salvador gab einer gesetzgeberischen Anordnung von 1937 zufolge dem Wort "fideicomiso", einer Einrichtung, die verboten war, eine neue Bedeutung.²⁾ Das genehmigte fideicomiso ist, obgleich es ein beschränktes Ausmass hat, wesentlich umfangreicher als das alte fidei-commisum. Es kann für wohltätige Zwecke oder zum öffentlichen Nutzen geschaffen werden; seine Dauer ist auf 30 Jahre beschränkt. Der Trustee hat alle Rechte des Eigentümers; er kann nur das Vermögen weder verkaufen, verschenken noch belasten, es sei denn, dass er dazu durch die Bestimmungen der Errichtungsurkunde oder des Testaments ermächtigt ist. Es ist jedoch möglich, sich in wichtigen Fällen um die notwendige Ermächtigung an die Gerichte zu wenden.

"Das Fideicommissagesetz von El Salvador ist der erste Schritt zur Übernahme des Common Law Trust der Vereinigten Staaten und Grossbritanniens in die Gesetzgebung von El Salvador".³⁾

1) R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 426.

2) Dazu R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 426 ff.

3) Castro, Anglo-american Trust and Homestead Law of El Salvador, Comp. L. Ser. 293 (Dept. Commerce 1939), wie es von R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 427 geschildert wird.

11. Andere lateinamerikanische Länder.¹⁾

Eine erweiterte Gesetzgebung in gewissem Umfang hat auch in anderen lateinamerikanischen Ländern stattgefunden;²⁾ Columbien, Bolivien, Chile, Ecuador, Peru und Costa Rica. Dies geht im allgemeinen so weit, dass die Banken zur Ausübung von Trustaufgaben mit Ausnahme der Trusteeship (Treuhanderschaft) befugt sind. Die Bankgesetze gestatten die "comisiones de confianza", die in Wirklichkeit Verwaltungstrusts sind, in denen die Bank als Trustee handelt, der Trust jedoch dem Widerruf durch den Settlor unterworfen ist.³⁾

Argentinien und Brasilien (Columbien, Chile und Peru) haben auch Gesetze, die eine Neigung zeigen, die Hauptzüge des Trust anzunehmen. Die "leyes de debentures" (Schuldscheingesetze) regeln die Ausgabe von öffentlichen Anleihen durch die Vermittlung eines Trustees, und obwohl sie nicht die wesentlichen Bestandteile eines Sicherheitstrusts schaffen, sind sie doch die Vorläufer von Gesetzen, die dieses notwendige Werkzeug für das anglo-amerikanische Finanzwesen genehmigen werden.⁴⁾

1) Hierüber R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 542 ff.

2) Dazu R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 413.

3) Vgl. R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 30.

4) Vgl. R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 413; Argentinean Law of Feb. 23, 1912; Brazilian Degree 177-A of Sept. 15, 1893, as amended by Decree 22, 431 of Feb. 6, 1933.

12. Japan.¹⁾

Im Jahre 1902 führte Japan ein Trustgesetz zur Sicherung der Anleihen von Gesellschaften ein. In den Jahren 1918 - 1919 wurden viele Trustgesellschaften nach dem amerikanischen Muster gegründet. Ein hauptsächlich auf dem englischen Trustrecht beruhendes Trust- und Trustgesellschaftsgesetz wurde 1922 angenommen.²⁾ Es hat besonders hinsichtlich der Trustgesellschaften praktische Bedeutung.³⁾

Das japanische Trustgesetz ist kurz und sieht in Absatz 1 vor: "Ein Trust im Sinne dieses Gesetzes besteht da, wo eine Person ihr Eigentumsrecht auf eine andere überträgt oder sonst zur Verfügung stellt und diese Person darüber in Übereinstimmung mit einem gewissen Zweck verfügen oder es verwalten lässt".⁴⁾ Der Ausdruck Trust ist ins japanische mit "shintaku" übersetzt. Es scheint darüber wenig Material zu geben.

Von China heisst es, dass es auch ein Gesetz nach dem angelsächsischen Muster eingeführt habe. Material über China ist wegen seiner Lage hinter dem Bambusvorhang äusserst knapp.

1) A. Nussbaum, a.a.O. 423, zögert, Japan als ein Land des Gesetzesrechts zu bezeichnen, obgleich es seine Gesetzbücher nach dem Muster des Zivilrechts, besonders des deutschen, verfasste, weil er spürte, dass es sehr wählerisch bei dem Bemühen war, sein System zu bereichern.

2) Vgl. R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 30.

3) Darüber A. Nussbaum, a.a.O. 423.

4) A.a.O. 429 ff.

B. Die Beseitigung der Hindernisse des Gesetzesrechts.¹⁾

Das Hauptproblem, das in der Frage der Übernahme des Trust in die Länder des Gesetzesrechts entstanden ist, hat die Meinung aufgebracht, dass es zwischen dem Common Law und dem Civil Law unüberbrückbare Unterschiede gäbe. Dieses Problem war je nach der Rechtssprechung, der geographischen Nähe zu und den wirtschaftlichen Beziehungen mit Ländern, die den Trust anwendeten, verschieden schwerwiegend. Dieses Missverständnis ist beseitigt worden, und als Folge sind die zukünftige Übernahme und die Entwicklung des Trust durch die Zivilrechtssprechung erleichtert worden.

Die Antwort auf die Frage, ob das Gesetzesrecht einen Ersatz für den Trust enthalte, lautete rundweg nein.²⁾ Diejenigen Rechtsordnungen, die eine engere Beziehung mit Trustländern haben, und mit dem Trust und seinen Aufgaben vertraut sind, haben, wie zu erwarten war, die Wirkungen des Trust schneller erkannt und Interesse für seine Übernahme gezeigt.

Mit Rücksicht darauf, dass das *dédoublement de propriété* unmöglich ist, haben die Zivilrechtsordnungen diese Sackgasse dadurch vermieden, dass sie dem Trustee ein beschränktes Recht zugestanden; das Interesse des Begünstigten an den Erträgen des Vermögens wurde den Bedingungen des Trust entsprechend geschützt. Der Trustee hat ein Eigentumsrecht, jedoch kein absolutes; es ist durch die Trustbedingungen beschränkt. Diese Beschränkung stimmt völlig mit dem Geist

1) S.O.S. 15.

2) S.O.S. 110 Anm. 1.

und den Überlieferungen des Gesetzesrechts überein.¹⁾
R. Alfaro²⁾ meint bei der Erörterung des Eigentumsrechts, wie es im Trustgesetz von Panama beschrieben ist, dass es von dem Recht des Common Law Trustee (Treuhanders) abweiche, jedoch dieselbe Wirkung erziele.

Louisiana betont ausdrücklich, dass es den geraden Weg gegangen sei und den Common Law Trust ohne örtliche Ausgestaltungen, ohne Ausflüchte oder Einschränkungen, die dem Trustee als Inhaber des Rechts den Boden einengen, übernommen habe.³⁾ Das bedeutete nicht die Annahme einer Billigkeitsrechtsordnung für den Trust. Nirgends findet man, dass die Annahme und die Stütze der billigkeitsrechtlichen Rechtsordnung den Trust in die gesetzesrechtlichen Systeme einbaut.⁴⁾ Es wurde vorgeschlagen, dass die Aufnahme des Trust in diese Rechtsordnungen, in denen er nicht vorhanden ist, durch ein ausdrückliches Gesetz und jede weitere Entwicklung durch Abänderungen erfolgen sollen, um so die Notwendigkeit einer billigkeitsrechtlichen Rechtsordnung auszuschalten.⁵⁾

1) R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 545.

2) R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 29.

3) Section 5: A Trust shall be created when a person in compliance with the provisions of this Act transfers the legal title to property to a trustee in trust for the benefit of himself or a third person; J. Wisdom, a.a.O. 83; F. Stone, a.a.O. 377.

4) J. Wisdom, a.a.O. 83, bemerkt, dass es bestimmt Hilfsmittel billigkeitsrechtlicher Natur gibt, z.B. eine Anordnung, die besonders durch das geschriebene Gesetz vorgesehen war. Schottland und Südafrika fanden, dass die billigkeitsrechtliche Hilfe, die von den Gerichten gewährt wurde, für die Annahme des Trust wichtig sei. Die Provinz Quebec gibt auch Zeugnis von der Entwicklung des Billigkeitsrechts.

5) R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 550.

Bisher wurde bis auf geringe Abweichungen nur der ausdrückliche (Express) Trust angenommen unter Ausschluss seiner Verwandten des Constructive Trust, des Resulting Trust, des billigkeitsrechtlichen Pfandrechts (Equitable Lien) oder des verschleierten Trust (implied Trust). Es gibt Rechtsordnungen, die Behelfsmittel mit starken Merkmalen der oben erwähnten Begriffe haben. Lateinamerikanische Systeme machen den verschiedenen Trusts keine Vorschriften, aber nichtsdestoweniger gibt es noch eine Methode, durch die das Gesetzesrecht dieselbe Erleichterung in einem Falle einräumt, wo das Common Law einen resulting Trust anwenden würde. Dies wird in der Zwangsform des Vertrages und Auftrages durchgeführt.¹⁾ (Siehe unten, was die verschleierten Trusts in Liechtenstein betrifft.)

Die gesetzesrechtliche Lehre, dass eine Veräußerungsbeschränkung unwirksam sei, ist als ein unerschütterliches Hindernis für die Gründung eines Trust betrachtet worden. Louisiana, das eine besondere geschichtliche und wirtschaftliche Abneigung gegen die Verkehrsbeschränkung von Vermögen hatte, sorgte auch wegen seiner Antipathie gegen eine Aufweichung des Eigentumsbegriffs dafür, dass jeder inter vivos oder testamentarisch errichtete Trust nach Ablauf von 10 Jahren vom Tode des Treugebers (settlers) an andete, es sei denn, der Begünstigte sei minderjährig; in diesem Falle

1) Dazu Fernandez v. Laloma, 56 P.R.R. 367 (Puerto Rico).

läuft er 10 Jahre nach der Volljährigkeit des Begünstigten ab.¹⁾ Offensichtlich gibt es in Louisiana nicht das Problem der immerwährenden Gültigkeit (perpetuities). Glücklicherweise pflichten Puerto Rico und Panama der Vorschrift für die Zehnjahresbeschränkung in Louisiana nicht bei. Die satzungsmässige Regelung der Trustnachfolge kann nicht über die Lebenszeit von zwei vorhandenen Personen ausgedehnt werden.²⁾ Deshalb gewähren Puerto Rico und Panama dem Treugeber (settlor) grösseren Spielraum und grösseres Ausmass für die Durchführung ihrer Zwecke und Absichten.

Es ist auch die allgemeine Regel, dass Begünstigte "am Leben" und zur Zeit der Errichtung des Trust ausdrücklich bestimmt sein müssen.³⁾ Dies trägt dazu bei, die Möglichkeit von erst unter besonderen Umständen in Wirksamkeit tretenden Anwartschaften (Contingent remainders) auszuschliessen. Was die Trusts für "Nichtvorhandene" anbetrifft, so beschränkt sie das Gesetz in Puerto Rico auf das ungeborene Kind des

1) Die Anwendung dieser Vorschrift auf Körperschaften (corporations) war weitgehend unentschieden. Wie bestimmt man das Erlöschen einer Körperschaft, da die Errichtung eines ausdrücklichen Trusts durch private Körperschaften durch die Satzung genehmigt ist? Auch die Bedeutung der Aufgabe des Trust bei dem Entwurf und bei der Errichtung einer Satzung ist durch diese Vorschrift stark eingeengt; R. Patton, *Future of Trust*, a.a.O. 549; J. Wisdom, a.a.O. 82; F. Stone, a.a.O. 373.

2) Puerto Rico Civil Code, Art. 846 ff.; siehe auch Panama Law 9 von 1925 Art. 9; 842 Puerto Rican Civil Code (1930): But any provision intended to create a subsequent Trust on property given in fee simple to the first beneficiary shall be null and void; siehe auch Art. 848 Puerto Rican Civil Code und Art. 37 Panama Law. 9.

3) Vgl. F. Stone, a.a.O. 373.

Treugebers (settlor).¹⁾ Panama erweitert diese Vorschrift etwas, begrenzt sie aber auf die Begünstigten, die en ventre de sa mère sind zur Zeit der Trusterrichtung.²⁾ Beide Beschränkungen hielt man für unerwünscht, und sie sollten in Einklang mit Abschnitt 112, Anmerkung (d) der Trustneueordnung abgeändert werden.³⁾

Das Publizitätsprinzip wurde vollkommen bestätigt. Man befolgte vollkommen die Lehre vom Vertrauen auf das Grundbuch, sowohl für dingliches Eigentum und dinglichen Besitz, als auch für bewegliche Güter. Dies hat a fortiori derartige Fälle ausgeschlossen, welche die Anwendung eines konstruktiven Trust erforderlich machten.⁴⁾ Der ausdrückliche Trust ist die einzige Art, für die in der westlichen Welt eine Bestimmung vorgesehen ist.

Die légitime (Pflichtteil - Zwangserbe) blieb ohne Beschränkung. Louisiana hat zugelassen, dass die légitime im Trust verblieb, wenn das Einkommen nicht angesammelt wird.⁵⁾

1) Art. 845 Puerto Rican Civil Code.

2) Art. 13 Panama Law 9, 1925.

3) Hierüber L. Vilella, a.a.O. 393; Restatement of Trusts, Section 112, Comment (d): A child who has not been born or conceived at the time of the creation of the Trust can be a beneficiary of the Trust.

4) F. Weiser, hat dieses Ergebnis kritisiert, indem er sich darauf berief, dass das Prinzip der anglo-amerikanischen Auffassung von Trusts verhängnisvoll sei, weil man die Schlüsselinstitutionen, nämlich Constructive and Resulting Trusts, verlassen hat; vgl. J. Wisdom, a.a.O. 82.

5) Louisiana Act 81 von 1938, § 3; R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 549; J. Wisdom, a.a.O. 82.

Dass Liechtenstein das einzige festländische Land ist, das ein Trustgesetz um der Einheit willen eingeführt hat, soll in diesem Absatz kurz behandelt werden. Das Personen- und Gesellschaftsrecht von Liechtenstein genehmigt in Art. 911 ausdrücklich den "Ersterwerb" durch den Treuhänder (trustee), was, wie wir gesehen haben, die deutschen Schriftsteller irritiert, und bis zu einem gewissen Grade auch den Ersatz des res durch anderes Vermögen.¹⁾ (Subrogation). Verschleierte (implied) Trusts werden von der Gesetzgebung anerkannt, aber im allgemeinen muss der Trust ausdrücklich schriftlich festgelegt werden. Alle Trusts müssen in ein öffentliches Register eingetragen werden, ausser in den Fällen, wo die Parteien ausdrücklich darin übereinstimmen, dass der Trust "verschwiegen" werden soll.²⁾ Die verschwiegenen oder andere nicht eingetragenen Trusts sind nicht ipso facto ungültig, aber es besteht die Vermutung, dass sie in fraudem creditorum errichtet sind.³⁾ Liechtenstein war in gewisser Beziehung kühner in der Übernahme des anglo-amerikanischen Trustrechts als die Rechtsordnungen der westlichen Welt.

1) Liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht, Art. 911, Abs.3: Zum Treuhandgut gehört auch, was aufgrund eines zu ihm gehörenden Rechtes als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Treuhandgut gehörenden Gegenstandes, oder sonst mit Mitteln des Treugutes oder durch ein auf dieses sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben wird; vgl. W. Siebert, a.a.O. 426; P. Leapulle, a.a.O. 144; F. Gubler, a.a.O. 407.

2) Es ist ein unerklärliches Geheimnis, warum die Zivilrechtler darauf bestehen, "implied Trusts" als geheime Trusts zu betrachten, da der geheime Trust im Common Law eine ganz andere Rolle spielt; vgl. American Law Institute, Restatement of the Law of Trusts, St.Paul 1935, Vol. I, § 55 und Vol.II § 359.

3) F. Weiser, a.a.O. 50; Art.902 Liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht.

All die übernommenen Gesetzesvorschriften haben für eine liberale Möglichkeit gesorgt, die Gerichte anzurufen. Zeit und Erfahrung sollten eine ausgedehnte Überwachung der Verwaltung von Trusts entwickeln, wie man sie in den Rechtsordnungen des Common Law findet.

Es ist bemerkenswert, dass die verschiedenen Trustgesetze, die den Trust als Bestandteil des Gesetzesrechts angenommen haben, weder hinsichtlich des Umfangs, noch der Länge, noch der unregelmäßigen Bestandteile übereinstimmen. Die Trustgesetze von Louisiana und Liechtenstein sind viel ausführlicher als die umfangreicheren und kürzeren Gesetze von Panama und Puerto Rico, die 38 bzw. 40 Abschnitte enthalten und zugestandenermaßen zu unzähligen Punkten schweigen. Sicherlich entstehen Fragen und Probleme, besonders wenn man die dynamische Natur des Trust bedenkt; in solchen Fällen muss die erste Zuflucht zu dem Trustrecht des Common Law genommen werden.

C. Ergebnisse der Annahme des Trust.

Trusts, die in der Reihe der Gesetzesrechtssysteme entwickelt wurden, differieren in Form und Beschränkung. Kritiker haben den Wert und die Anerkennung dieser Einrichtungen als Trusts bestritten. Sie haben weniger geringe Schwächen und technische Fehler als die Unterschiede zwischen den einzelnen gesetzesrechtlichen Trustgebilden angegriffen. R. Patton¹⁾ schreibt: ".... erst jetzt fangen wir an zu erkennen, dass die Fiducie von Quebec, der anglo-amerikanische Trust, das

1) R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 434.

fideicomiso von Panama und Puerto Rico und das fideicomiso von Mexiko sich in gewissem Umfang hinsichtlich des Vermögens, das dem Trust gewidmet werden kann, oder der Parteien, die Gründer, Treuhänder (Trustees) oder Begünstigte (beneficiaries) sein können, unterscheiden; dass ferner die Einrichtung vom Standpunkt des Vermögens oder der Parteien erklärt oder beschrieben werden kann; aber wie auch immer Name oder Beschreibung sein mögen, die geschaffene juristische Einrichtung ist dieselbe".

Man hat beobachtet, dass, wenn der Trust einmal anerkannt und in das Rechtssystem übernommen ist, er ungeachtet der bei der Übernahme getroffenen Beschränkungen die Neigung hat, sich auszudehnen. Diese Erfahrung machte man in Mexiko; nachdem der Trust dort einmal für eine beschränkte Anzahl von Zwecken genehmigt war, zeigte er sich als für andere Zwecke so wunderbar geeignet, dass man das ursprüngliche Gesetz abänderte. Auf dieselbe Weise können allmählich aufgedeckte Mängel und Schwächen leicht durch Änderung des Gesetzes berichtigt werden.

Die irrige Annahme hat sich zu lange gehalten, dass es im Gesetzesrecht eine Ersatzeinrichtung für den Trust gebe. Gewiss hätten die Rechtsordnungen, die den Trust angenommen haben, einen Ersatz benutzt, wenn es einen gegeben hätte. Es gibt immer noch solche, die trotz dieses positiven Beweises jener Vermutung keine Ruhe geben wollen. Es ist Zeit, diese abweichenden Meinungen zum Schweigen zu bringen, und die Errungenschaften dieser Systeme anzuerkennen; denn der Begriff des Trust hat die ersten Stufen überwunden und sein praktischer Wert steht fest. " Der Trust hat seine erste

Probe in der romanischen Rechtssprechung bestanden. Er funktioniert. Er funktioniert, ob man nun zu einer Rationalisierung des Rechts (Schottland) oder zu einem gesetzgeberischen Kunstgriff (Panama) greifen muss. Er funktioniert, da er ein dringendes wirtschaftliches und soziales Bedürfnis erfüllt; ein sichtlicher Triumph des Rechts über die Wortklauberei im Gesetz."¹⁾

Die Übernahme des Trust hat sich von dem Bereich des Theoretisierens entfernt. Der Ruf, dass der Trust unversöhnlich mit dem Gesetzesrecht sei, dass er seine Harmonie erschüttere, schreit zum Himmel angesichts eines so schlagenden Beweises vom Gegenteil.²⁾ Der Trust ist übernommen, kodifiziert und den bürgerlichen Gesetzbüchern angefügt worden, ohne nicht wiedergutzumachende Ausbrüche zu verursachen. (Tatsächlich ist ein Streit nebensächlich geworden.)³⁾

Ein grosses Feld ist nun für diejenigen verfügbar, die ein erwachendes Interesse am Trust entfalten; das ist wesentlich für diejenigen, die den Trust annehmen wollen. Festländische Rechtssysteme waren besonders zurückhaltend und, unsicher bezüglich des Trusts. F. Weiser⁴⁾ behauptet, dass Liechtenstein wenigstens bewiesen hat, - wenn dies tatsächlich eines Beweises bedurfte - dass es nicht ausserhalb des Machtbereiches des Gesetzgebers läge, wenn er gewillt ist,

1) J. Wisdom, a.a.O. 84.

2) A.a.O. 76: To the surprise of jurists Trusts were administered without shock to civil law traditions.

3) F. Stone, a.a.O. 377; J. Wisdom, a.a.O. 76; L. Vilella, a.a.O. 397.

4) F. Weiser, a.a.O. 53-4.

auf ein kodifiziertes festländisches Recht eine Einrichtung nach dem Muster des angelsächsischen Trust zu pflanzen und ihm, praktisch, wenn nicht theoretisch, ausserordentlich nahezukommen.

Gibt es einen überzeugenderen Beweis für die Behauptung, dass der Trust wirksam von den gesetzesrechtlichen Rechtsordnungen übernommen werden kann, als eine gesetzesrechtliche Rechtsordnung, die den Trust mit Erfolg übernommen hat! Und diese Übernahme ist, wie bereits gezeigt wurde, nicht auf nur eine Rechtsordnung des Gesetzesrechts beschränkt.

V. Vorschläge und Schluss.

Die Absicht dieser Arbeit bestand darin, die allgemeine Ansicht zu zerstreuen, dass der Trust oder trustähnliche Einrichtungen für eine erfolgreiche Übernahme durch gesetzesrechtliche Systeme ungeeignet seien; dabei wurde besonderer Nachdruck auf die Verhältnisse in Frankreich, Deutschland und bis zu einem gewissen Grade in der Schweiz gelegt. Solch ein Ziel ist negativ oder fast nur von theoretischem Interesse, bevor tatsächliche Schlussfolgerungen gezogen und konstruktive Methoden für eine spätere Entwicklung vorgeschlagen sind. Es ist etwas Verschiedenes zu zeigen, dass der Trust keinen Ersatz im Gesetzesrecht kennt, und ein ausführbares Gebilde oder Modell vorzuschlagen, das Trustzwecke erreicht. Wenn der vorangehende Abschnitt in gewissem Masse das Fehlen von gesetzesrechtlichen Einrichtungen gezeigt hat, die mit dem Trust zu vergleichen sind; dass es im Gesetzesrecht kein unüberwindliches Hindernis für die Annahme des Trust gibt; und dass solch eine Annahme nicht nur eine Möglichkeit, sondern aufgezeichnete Geschichte ist: Welche Haltung soll man dann denjenigen gesetzesrechtlichen Systemen anempfehlen, die keine Trusts haben?

Die gesetzesrechtlichen Rechtsordnungen müssen, wenn sie den Anforderungen der modernen Gesellschaft richtig und entsprechend dienen wollen, Trusts oder trustähnliche Einrichtungen benutzen. Dass der Trust in immer neuen Gesetzesrechtsordnungen auftaucht und er schnell übernommen wird

und dabei Schritt für Schritt allmählich ungewöhnlich wächst¹⁾, (in Ländern des Common Law erfreuen sich die Trusts eines enormen Wachstums) zeigt seine Anziehungskraft und Wirksamkeit.

Zivilrechtler haben eingehendes und umfangreiches Material gesammelt und daraus geschlossen, dass der Trust per se, wenn er angenommen würde, die Harmonie ihrer Systeme störte. Dies ist eine Täuschung und hat sich als solche auch erwiesen. Verständlicherweise gesteht man den Gesetzesrechtsländern, die dem Trust geneigt sind, zu, dass sie ihre Rechtssysteme hartnäckig verteidigen; das ist lobenswert, aber die Absicht besteht jedoch nicht darin, das System zu untergraben, sondern es eher zu stärken. Die Schwäche bleibt bestehen und muss berichtigt werden. Das schliesst nicht ein, dass der Common Law Trust, wie er im anglo-amerikanischen Recht besteht und niedergelegt ist, die einzige Möglichkeit ist. Wesentlich ist, eine Einrichtung zu schaffen, die erwünschterweise mit einem gewissen Mass an Gesetzesrechtstradition ausgestattet ist, jedoch Trustaufgaben durchführt und Trustergebnisse erzielt. Im besonderen besitzt die Rechtsprechung eine Einrichtung, die diese Möglichkeit enthält, und wenn, in welcher Weise muss sie entwickelt werden?

1) R. Patton, Future of Trust, a.a.O. 551, 543 Anm. 1;
R. Patton, Trust Systems, a.a.O. 398, 404 - 405.

A. Deutschland.

In Deutschland erfordert die Verwirklichung des Trust oder der Wirkungen des Trust eine Handlung des Gesetzgebers. Die gegenwärtige Gestaltung des Gesetzes erfordert eine Änderung, um eine Einrichtung zu schaffen, die den Trustee (Treuhandler) mit dem notwendigen Recht ausstattet, um die erwünschten Zwecke zu erfüllen und dem Begünstigten dinglichen Schutz gewährt. Es ist eine Änderung des § 137 vorgeschlagen worden, die dem Treuhänder Verwaltungsrechte mit dinglicher (in rem) Wirkung einräumt, welche der Vollmacht des Treugebers (settlor) unterworfen sind.¹⁾ Dies würde Trustwirkungen hervorrufen, aber: beruht auf einer Verbindung von Lehren; schaltet eine zurückfallende und verwickelte Behandlung einer derartigen Einrichtung nicht aus; würde die Schaffung eines bisher unbekannten Modells bedeuten; neigt dazu, den feststehenden Begriff der Vollmacht zu verwirren; würde mit einem grundlegenden Paragraphen des BGB. in Konflikt geraten. Dieser Vorschlag ist, während er in mancher Hinsicht die Suche nach Ergebnissen zeigt, in seiner Reichweite zu begrenzt. Andere Vorschläge, d.h. auflösende Bedingung und Ermächtigung, sind erörtert worden (in Kapitel III) und fanden Anklang.

Nur in der Fiducia erkennt man eine bestimmte Möglichkeit. Die Fiducia zeigt als einzige Einrichtung den Nährboden und mit ihr verbundene Vorzüge, die bei der Suche nach der Bildung einer trustähnlichen Einrichtung unumgänglich sind.

1) S.O.S. 56, Anm. 1.

Obwohl sie ein Begriff aus dem römischen Recht ist, hat sie die Gleichbedeutung mit der Treuhand erlangt. Wenn man von der Treuhand spricht, spricht man von der Fiducia. Diese Verbindung mit der Treuhand besitzt die positiven Merkmale der alten Treuhand; sie ist eine ausgesprochene Verwandte des Trust.

Die Fiducia ist eine seit langem bestehende, anerkannte Einrichtung, besonders im geschäftlichen Bereich (nicht im Gesetzbuch); das ist ein entschiedener Vorteil, um sie mit trustartigen Wirkungen auszustatten.¹⁾ Dass die Öffentlichkeit, die Gerichte und die Praxis mit ihr vertraut sind, wird zu ihrer schnellen Anwendung beitragen, die Möglichkeit zu anfänglichen Missverständnissen und unnötigem Streit verringern.

Die richterliche Tätigkeit²⁾ hat genau die Richtung angegeben, um Wirkungen des Trust mit der Fiducia zu schaffen, nämlich dem Begünstigten dinglichen Schutz zu gewähren.

Die Kodifikation der Fiducia (Treuhand) ist wesentlich, wenn der Begünstigte dinglichen Schutz empfangen soll.

Das erzwingt die Einfügung eines anderen "dinglichen Rechts" in den numerus clausus. Und wenn die Fiducia einen Vergleich mit dem Trust beabsichtigt und als solche sich als wertvoll für die wirtschaftlichen und sozialen Zwecke des deutschen Lebens erweist, muss sie mit dem Ersterwerb für den Fiduziar (Treuhandler) ausgestattet werden; mit einem besseren Schutz des Begünstigten für den Fall des Todes des Fiduziars (Treuhandlers) und gegen den Erwerb der res durch dritte Personen;

1) S.o.S. 79.

2) S.o.S. 80.

mit einem ausgedehnten Begriff dinglicher Subrogation, der einen Grad des nachfolgenden mit dem ursprünglichen identischen übergegangenen Eigentum zum Inhalt hat; mit einer umfangreichen Aufsichtsgewalt der Gerichte; und mit einer vollständigen Anerkennung der Drittbegünstigten (die Begünstigten sind nicht identisch mit dem Fiduziant-Treugeber).¹⁾

Dies ist alles notwendig, wenn die Einrichtung mit den wesentlichen Bestandteilen ausgestattet werden soll, die ihr die erforderliche Elastizität und Wirkung verschaffen.

Die Hauptgrundsätze von Pflichtteil und Publizität wurden nicht berührt werden, Im Gegenteil, um die Fiducia (Treuhand) anzupassen, könnte sie eingetragen werden; es müsste ermöglicht werden, dass der Pflichtteil unter das Rechtsinstitut der Fiducia gebracht wird, ausser wenn es sich um die angesammelten Erträgnisse handelt, obgleich es, wenn man die Nacherbenpraxis betrachtet, nicht so scheint, dass eine Ausnahme für die angesammelten Erträgnisse erforderlich ist.²⁾ Deutschland würde zweifellos Gewinn von einer sorgfältigen Beschäftigung mit der Trustgesetzgebung, wie sie in Liechtenstein eingeführt worden ist, haben, hauptsächlich weil das Rechtssystem von Liechtenstein sichtbar den beherrschenden Einfluss der deutschen Rechtsprechung widerspiegelt.

Deutschland zeigt eine erstaunliche Entwicklung. Vorbereitung und Umstände scheinen ausserordentlich günstig für

1) Man hofft auch, dass die gesetzgeberische Einführung einer Treuhand mit trustähnlichen Wirkungen, entweder unverzüglich anerkennen wird, oder nach und nach durch eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen eine Entwicklung von Begriffen mit dem Ziel der Spendthrift und Charitable Trust Annäherung gestattet wird.

2) G. v. G. 11b. 62

die Aufnahme einer trustähnlichen Einrichtung zu sein; die Wurzeln englischen Rechts entsprossen deutschem Boden; gemeinsame Abstammung von Trust und Treuhand; Beispiele von Rechtshilfe zum Schutz des Begünstigten in der Fiducia (Treuhand); eine Fülle von geistreichen und erfahrenen Juristen, die Abhandlungen verfassten, in denen ihr Interesse, ihr Verständnis, ihre Bewunderung für den Trust und ihr sehnstüchtiger Wunsch zum Ausdruck kamen, ein kodifiziertes Gegengewicht im deutschen Recht zu schaffen. Was daraus entstand, ist entmutigend. Die Treuhand ist zur Fiducia, einem römischen Begriff, geworden. Die Gesetzgebung hat die Bitten der Juristen nicht erfüllt, und obgleich man den Gerichten gewisse Beiträge zugestehen kann, hat sie doch eine ständig fortschreitende Tätigkeit vermieden.

Die Kodifizierung einer dinglichen Treuhand (in einer Kodifizierung muss stets der Ausdruck Treuhand und niemals Fiducia verwendet werden) wird befürwortet. Es wird Zeit, die Gesetzgebung, die Gerichte und die Praktiker wachzurufen; das ist die gegebene Aufgabe für die Juristen. Trustaufgaben und Trustzwecke werden heute in Deutschland benötigt, um den wirtschaftlichen Wiederaufstieg zu schützen, zu unterstützen, zu begünstigen und um den sozialen Mängeln abzu- helfen. Der Jurist ist verantwortlich dafür, die Gesellschaft an diese Forderung zu erinnern. Was wurde aus den bedeutsamen Stimmen zu Anfang der dreissiger Jahre ? Sind sie zum Schweigen gezwungen, um nie wieder aufgenommen oder gehört zu werden ?

B. Die Schweiz.

Im wesentlichen gilt für die Schweiz das Gleiche, was für Deutschland vorgeschlagen wurde. Die Treuhand, wie sie in der Form der Fiducia wiederanerkannt wurde, ist die schweizerische Einrichtung, die mit "dinglichen Effekten" in der Form, wie sie für Deutschland vorgeschlagen wurde, in die Gesetzgebung eingegliedert werden soll. Wieder würde das Beispiel von der kleineren Schwester der Schweiz, Liechtenstein, unschätzbare Hilfe bei der Übernahme einer trustähnlichen Einrichtung leisten und eine entsprechende gesetzgeberische Tätigkeit nach sich ziehen.

Man kann einige günstige Beobachtungen über die Haltung der Schweiz anstellen, was die eventuelle Annahme oder Entwicklung von trustähnlichen Einrichtungen anbetrifft.

Die eine ist die, dass die Gerichte, wie schon gesagt, gesetzliche umfangreiche Vollmachten¹⁾ haben und eine weitreichende Hilfe für die Durchführung von Trusteinwirkungen leisten können, wenn sie diese Befugnisse ausnützen wollten (leider haben sie eine entschiedene Abneigung dagegen gezeigt). Die Schweizer Juristen²⁾ haben auch ein aktives Interesse am Trust und seinen Ergebnissen gezeigt, die durch die Menge ausgezeichnete Literatur von ausserordentlichem vergleichenden Wert, die in den vergangenen neun Jahren erschienen ist, bewiesen wurden.

1) S.o.S. 116.

2) S.o.S. 116, Anm. 1 ff.

C. Frankreich.

Die gleichgültige Haltung Frankreichs gegenüber trustähnlichen Einrichtungen ist entmutigend. Frankreich hat wahrscheinlich mehr direkte Berührung mit dem Trust erfahren als jedes andere festländische Land, hat jedoch erstmals Interesse für den Trust gezeigt, was man den ausserordentlichen Bemühungen P. Lepaulles zuschreibt. Vielleicht liegt dies an der Tatsache, dass Frankreichs wirtschaftliches und geschäftliches Leben niemals so lebhaft war, wie das in Deutschland oder der Schweiz. Umsomehr Grund, diese Teilnahmelosigkeit aufzugeben.

Das französische Recht erfordert eine Einrichtung mit Trustwirkungen. Sie würde zu Frankreichs wirtschaftlicher Wiederbelebung beitragen; dazu beitragen, verborgenes, unbenutztes oder nicht angelegtes Geld in die nationale Wirtschaft zu pumpen und ausserdem das Ausland dazu verlocken, Kapital in Frankreich zu investieren; für einen fähigen und angemessenen Schutz sorgen, der weit grösser als der des Vormunds oder Kurators ist, und den Fortschritt im Sozialwesen, in Erziehung, in der Medizin und im Bereich der Wohltätigkeit begünstigen, fördern und verbessern.

Der Überblick über die französischen Einrichtungen (Kapitel III-B) gipfelt in einer Betrachtung von Begriffen, die offensichtlich in keiner Weise einem trustähnlichen Gebilde gleichen, und zwar weder nach ihrer Wesensart noch nach ihren Wirkungen. Nur der *prête-nom*, das *fidei-commissum*, *donation* oder *legacy avec charge*, vielleicht der Auftrag, verbunden mit der Hinter-

legung und die ruhende Fiducia könnten erwähnt werden, dass sie ungefähr darauf hindeuteten, Trustzwecke zu erreichen. Jeder Begriff vernachlässigt offensichtlich den Schutz des Begünstigten. Ein nominelles Interesse am Trust, verbunden mit dem gänzlichen Fehlen jeder einzelnen Einrichtung, die verspricht, Trustwirkungen zu erzielen, verringert die Erwartung, dass ein trustähnliches Gebilde angenommen werden wird.

Die Gerichte haben niemals eine Bereitschaft gezeigt, Trustwirkungen anzuerkennen, ungeachtet der Streitschriften P. Lepaulles. Während deutsche Gerichte auf den Mangel an Schutz für den Begünstigten eingegangen sind, blieben die französischen Gerichte stumm. Es liegt an der Gesetzgebung, die notwendigen Einrichtungen zu verwirklichen. In dieser Hinsicht hat Frankreich eine vorteilhafte Lage. Die Rechtsordnungen von Quebec und Louisiana, deren System auf der französischen Rechtswissenschaft beruhen, haben den Trust angenommen.¹⁾ Obgleich sie dies mit Hilfe von verschiedenen Methoden erreicht haben, zeigen sie eine erprobte Grundlage, die Frankreich beobachten könnte.

Was soll man Frankreich vorschlagen, wenn es eine Einrichtung mit trustähnlichen Wirkungen entwickeln oder annehmen soll? Zunächst muss gesagt werden, dass, obgleich Louisiana den Trust, so wie er dem Common Law bekannt ist, ohne Erklärung durch gesetzesrechtliche Einrichtungen oder Ausdrücke übernommen hat, es dadurch begünstigt war, dass seine Landes-

1) S.o.S. 140 ff.

sprache Englisch ist und dass es von Trustgesetzgebungen umgeben ist. Die Entwicklung in Quebec ist ebenfalls für Frankreich weder zu empfehlen, noch in Betracht zu ziehen. In Quebec führten die Gerichte früh eine allmähliche Anerkennung durch, die sich wegen ihrer Nähe und Verbindung mit Common Law Rechtsordnungen als möglich erwies. Frankreich muss seine eigene, im Wege der Gesetzgebung zu schaffende Einrichtung vorbereiten. Das Gebilde kann nicht auf dem Skelett eines bestehenden Begriffs aufgebaut werden, da die Begriffe sich ausnahmslos als äusserst unzulänglich im Vergleich mit dem Trust herausgestellt haben und eine solche Konstruktion nur verwirren würde. Es muss eine Einrichtung mit einem neuen Namen sein. Obgleich R. Alfaro's¹⁾ Versuch mit dem "nuevo fidei-comiso" Erfolg gehabt hat, ist es ratsam, einen neuen Ausdruck zu prägen und dabei die Möglichkeit auszuschliessen, sie mit anderen Einrichtungen, Aufgaben oder Zwecken zu verwechseln. Dass die Einrichtung mit Ausdrücken des Gesetzesrechts widergegeben werden muss, ist unumgänglich notwendig, wenn sie in diesem Land des Gesetzesrechts blühen und gedeihen soll. Es ist jedoch am besten, die Gestaltung nicht auf der Grundlage bestehender Einrichtungen zu beschränken. Die Rechte, Pflichten und Befugnisse können genügend geschildert werden, ohne nach dem unwiderruflichen Auftrag, dem prête-nom, dem fidel-commisum oder ähnlichen Begriffen zu greifen.²⁾

1) R. Alfaro, El Nuevo, a.a.O. 132 ff.

2) R. Alfaro, Trust and the Civil Law, a.a.O. 28; Im Entwurf des Trustgesetzes Hinweise auf den "unwiderruflichen Auftrag" (Irrevocable mandate), wie im Gesetz von Panama, wurden aufgegeben.

Es ist wesentlich, dass es ein doppeltes Eigentumsrecht gibt, wie es vom Common Law bekundet wird. Der Fiduziar ist mit einem Eigentumsrecht ausgestattet, das von den Vorschriften der Trusturkunde beschränkt ist. So ist der Fiduziar der Welt gegenüber Eigentümer, aber beschränkt gegenüber dem Begünstigten, der ein "dingliches" in rem Recht an der res hat. Die Gesetzgebung muss diesem neuen Recht Anerkennung verschaffen und dabei den Schutz des Begünstigten sichern. Dieser Schutz muss nicht nur Treugeber-Begünstigten (settlor-beneficiaries), sondern ebenso Drittbegünstigten gewährt werden. Die erfolgreichen gesetzgeberischen Akte von Quebec, Louisiana und auch von Panama und Puerto Rico sollten Frankreich in weitem Masse dazu dienen, eine Verbindung von einem Gesetz und einer Einrichtung herzustellen, die Trustwirkungen sichert. Die oben erwähnten Länder haben um Probleme gekämpft und in weitem Masse gelöst, die allen französischen Bemühungen um die Annahme des Trust gemein sind und folglich ein unschätzbares Mass an Erfahrung liefern.

Wieder werden weder *légitime* noch *publicité* berührt werden. Beispiele aus Quebec und Louisiana sind sorgfältig zu prüfen. Die erforderliche Vorschrift, dass der Begünstigte zur Zeit der Errichtung des Trust "vorhanden" sein muss, steht in Einklang mit dem Gesetzesrecht; sie sollte jedoch erweitert und so ausgelegt werden, als schlosse sie nicht nur diejenigen gezeugten ungeborenen Kinder, *en ventre de sa mère*, ein, sondern auch ein zur Zeit der Errichtung des Trust¹⁾ nicht

1) S.o.S. 142.

gezeugtes oder geborenes Kind. Die Beschränkung der Dauer des Trust in Louisiana sollte unbeachtet bleiben.¹⁾

In Frankreich findet man ein Land, das unendlich stolz auf sein Rechtssystem ist und dennoch diese Schwäche weiterhin andauern lässt. Es gibt kein unüberwindliches Hindernis für die Annahme einer trustähnlichen Einrichtung, aber einen ziemlichen Mangel an Juristen mit dem erforderlichen Wunsch, ihre Rechtsstruktur und dadurch die soziale und wirtschaftliche Entwicklung ihres nationalen Lebens zu stärken. Eine neue trustähnliche Einrichtung ist notwendig; aus Ermangelung eines Namens und zu Ehren von P. Lepaulle sei sie "Novelle Fiducie" (neue Fiduzia) genannt.²⁾

P. Lepaulle³⁾ drückte die Hoffnung aus, dass angelsächsische Juristen ihren Zivilrechtskollegen helfen würden, die lange vergessene Fiduzia neu zu beleben und zu entwickeln. Ob man die Fiduzia begünstigt oder nicht, wird es Zeit, dass Lepaulles eigene französische Landsleute den Gehalt und die Dringlichkeit seines Vorschlages beachteten.

1) S.o.S. 130 Anm. 1; siehe Art. 846 Puerto Rican Statute.

2) Die Fiduzia war lange Zeit hindurch eine unbenutzte Einrichtung im französischen Recht.

3) P. Lepaulle, Trust Substitutes, a.a.O. 1147.

L i t e r a t u r - V e r z e i c h n i s

- Adams, G. The Origin of English Equity, 16 Columbia L. Rev., New York 1916, S. 87.
- Alfaro, R.J. The Civil Law Reception of Trusts, 2 Com. L. Ser., Washington 1939, S. 1-8, Dept. Commerce.
- derselbe El Nuevo Fideicomiso, Panama 1921.
- derselbe The Trust and the Civil Law with Special Reference to Panama, The Journal of Comparative Legislation and International Law, London 1951, Vol. XXXIII, S. 25.
- American Law Institute Restatement of the Law of Conflict of Laws, St. Paul 1934.
- American Law Institute Restatement of the Law of Trusts, St. Paul 1935.
- Ames, J. A Selection of Cases on the Law of Trusts, Cambridge 1881, 82.
- derselbe The Origin of Uses and Trusts, 21 Harvard L. Rev., Cambridge 1908, S. 261.
- Amos, M. The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations, 50 Harvard L. Rev., Cambridge 1937, S. 1249.
- Arminjon P. Traité de droit comparé, Paris 1950, S. 363.
- Nolde, B.
Wolff, M.
- Arnold, T. The Restatement of the Law of Trusts, 31 Columbia L. Rev., New York 1931, S. 800.
- Bacon, F. The Reading upon the Statute of (1859) Uses, in the Works of Francis Bacon, London 1859, Bd. 7 von Spedding, S. 398.
- Basedow, K. Wörterbuch der Rechtssprache, Hamburg 1948.
- Bates, L. Common Law Express Trusts in French Law, 40 Yale L. Journal, New Haven 1930, S. 34.
- Batiffol, H. The Trust Problems as Seen by a French Lawyer, 33 Journal of Comparative Legislation and International Law, London 1951, S. 24.
- Batiza, R. Tres Estudios Sobre El Fideicomiso, Mexiko 1954.

- Baudry Lacantinerie 6., Traité theorique et pratique de droit civil, Paris 1924.
- Beale, J. The Conflict of Laws, New York 1935.
- derselbe Living Trusts on Movables in the Conflict of Law, 45 Harvard L. Rev., Cambridge 1932, S. 969.
- Beckhaus, F. Die Gaianischen Institutionen-Commentarien, Bonn 1857.
- Black's Law Dictionary, St. Paul 1951, 4th ed.
- Blackstone Commentaries on the Law of England, 3rd. ed.
- Bloch, K. Der anglo-amerikanische Trust und seine Behandlung im internationalen Privatrecht, Schweizer Juristenzeitung, 46. Jahrgang, Heft 5, Zürich 1950, S. 68.
- Bogert, G. Handbook of the Law of Trusts, St. Paul 1942.
- derselbe Trusts and Trustees, St. Paul 1935.
- Bolgar, V. Why no Trusts in the Civil Law, 2 American Journal of Comparative Law, Baltimore 1953, S. 204.
- Buckland, W. Roman Law and Common Law, London 1952, 3rd. ed., and McNair, A. revised by F. Lawson.
- Cahn, H. Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung des materiellrechtlichen Treuhandverhältnisses, Z.B.H. 1930.
- Castro Anglo-American Trust and Homestead Law of El Salvador, Comp. L. Ser. (Dept. Commerce) 1939, S. 293.
- Cavers, D. Trusts Inter Vivos and the Conflict of Laws, Harvard L. Rev., Cambridge 1931, S. 161.
- Cheatham, E. Cases and Materials on Conflict of Laws, 2nd ed., Chicago 1941.
- Dowling, N.
- Goodrich, H.
- Griswold, E.
- Christiani, T. Die Treuhand der Fränkischen Zeit, Breslauer Dissertation 1904.
- Clunet, M. Journal de droit international privé, Paris 1911.

- Cohn, E. und
Wolff, M. Manuel of German Law, London 1950.
- Cook, W. The Logical and Legal Basis of the Conflict
of Laws, 33 Yale L. Journal, New Haven 1923-4,
S. 457.
- derselbe Trusts of Personal Property and the Conflict
of Laws, 19 Columbia L. Rev., New York 1919,
S. 486.
- Corpus Juris Secundum, Brooklyn 1951.
- David, H. Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand
nach englisch-amerikanischem Recht, Aarau 1926.
- David, R. Traité élémentaire de droit Civil Comparé,
Paris 1950.
- Dicey, A. The Conflict of Laws, 4th ed., London 1927.
- Domke, M. American-German International Law, New York 1956.
- Drucker, A. Trusts on the Continent of Europe, International
Comparative Law Quarterly, London 1955, S. 550.
- Douai Dalloz Jurisprudence, Paris 1891, S. 220.
- Faribault, M. Traité théorique et pratique de la fiducie,
Montreal 1936.
- Fischbach, O. Treuhänder und Treuhandgeschäfte, Mannheim-
Leipzig 1912.
- Foote, J. Private International Law, 5th ed., London 1925.
- Franceschelli,
R. Il Trust Nel Diritto Inglese, Padova 1935.
- Frankenstein, E. Proposals for Amendment of the Louisiana Trust
Act and the Louisiana Life Insurance Exemption
Statute, 8 Tulane L. Rev., New Orleans 1934,
S. 483.
- derselbe Review of Lepaulle's Traité des Trusts, 8 Tulane
L. Rev., New Orleans 1934, S. 475.
- Friedmann, A. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des
Treuhanderverhältnisses? Verhandlungen des
sechsendreissigsten deutschen Juristentages,
Berlin/Leipzig 1930.
- Fuchs, E. Das Wesen der Dinglichkeit, Berlin 1889.
- Gai Institutiones Ivris Romani, edidit P. Novellus,
Romae Apvd. H. Löschner et Socios, 1514.

- Garrigues, J. Law of Trusts, 2 American Journal of Comparative Law, Baltimore 1953, S. 25.
- Gautschi, G. Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1955.
- Gierke, O. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht, Berlin 1889.
- Goldschmidt, H. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänder Verhältnisses? Referat auf dem 36. D.J.I. Verbandes II., Berlin/Leipzig 1932.
- Goldschmidt, R. Un Proyecto Mejicano Sobre Fideicomiso, Juris No. 812, Mexiko 1955.
- Goodrich, H. Handbook of the Conflict of Laws, 2nd. ed., St. Paul 1938.
- Gray, J. Restraints on Alienation of Property, 2nd. ed. London 1895.
- Gubler, F. Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Institutes der angelsächsischen Treuhand (Trust), Verhandlungen der Schweizerischen Juristenverein, Basel 1954, S. 215a.
- Guggi, B. Treuhänderschaft und Treuunternehmen (Trust) im liechtensteinischen Recht, Vaduz 1954.
- Hämmerle, H. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses? Gutachten für den 36. Deutschen Juristentag, Verhandlungen I., Berlin-Leipzig 1930.
- Hart, W. What is a Trust?, The Law Quarterly Rev., London 1899, S. 301.
- derselbe The Place of Trust in Jurisprudence, The Law Quarterly Rev., London 1912, S. 290.
- Heymann, E. Trustee und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr, Weimar 1910.
- Heusler, A. Die Gewere, Weimar 1872.
- Holdsworth, W. A History of English Law, 3rd ed., London 1922.
- Holmes, O. Early English Equity, 1 Law Quarterly Rev., London 1885, S. 162.
- derselbe Executors in Early English Law, Select Essays in Anglo-American Legal History, Boston 1909.
- derselbe History of Agency, Select Essays in Anglo-American Legal History, Boston 1909.

- Huber, Erich Trust and Treuhand in Swiss Law, 1 International Comparative Law Quarterly, London 1952, S. 64.
- Huber, Eugen Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Ausgabe, Bern 1914, Bd. 1.
- Huc Commentaire théorique et pratique du Code Civil VI, Paris 1894, No. 17, S. 29.
- Hübner, R. Grundzüge des deutschen Privatrechts.
- derselbe A History of German Private Law, London 1918, translated by F. Philbruck.
- Jäger, E. Kommentar zur Konkursordnung, 6. und 7. Auflage, Berlin/Leipzig 1931.
- Jenks, E. A Short History of English Law, London 1912.
- Josserand, L. Cours de droit civil positif - français, 3^e ed., Paris 1938, S. 989.
- Klausing, F. Fiduziarische Rechtsgeschäfte, Rechtsvergleichen des Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, Bd., Berlin 1932.
- Kemplin, E. Die amerikanischen Trusts, Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 7, Berlin 1893.
- Kuhn, A. Comparative Commentaries on Private International Law, New York 1937.
- Lee, R. The Civil Law and the Common Law, 14 Michigan L. Rev., Ann Arbor 1915, S. 89.
- Lepaulle, P. An Outsider's Viewpoint of the Nature of Trusts, 14 Cornell L. Quarterly, Ithaca 1928, S. 52.
- derselbe Civil Law Substitutes for Trusts, 36 Yale L. Journal, New Haven 1927, S. 1126.
- derselbe The Resident of French in face of the Trust Problem, Proceedings American Foreign Law Association, Nr. 11, 1931, S. 10.
- derselbe Traité théorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international, Paris 1932.
- derselbe Trusts and the Civil Law, Journal of Comparative Legislation, London 1933, S. 18.
- Levy, E. West Roman Vulgar Law, The Law of Property Philadelphia 1951.

- Lewin Practical Treatise on the Law of Trusts, 13th ed., by W. Banks, London 1928.
- Long The Definition of a Trust, 8 Virginia L. Rev., Charlottesville 1932, S. 426.
- Lorenzen, E. Cases and Materials on the Conflict of Laws, St. Paul 1951.
- Ludewig, W. Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1932.
- Maitland, F. Equity (A Course of Lectures), Cambridge 1936.
- derselbe The Origin of Uses, 8 Harvard L. Rev., Cambridge 1894, S. 127.
- derselbe Trust and Corporation, Wien 1905.
- Mayda, J. Trusts and "Living Law" in Europe, 103 Pennsylvania L. Rev., Philadelphia 1955, S. 1041.
- Meili, F. Das internationale Zivil- und Handelsrecht, Bd. II, Zürich 1902.
- Meyer, H. Trusts and the Swiss Law, International Comparative Law Quarterly, London 1952, S. 379.
- Meyerstein Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderwesens? D.J.Z. Berlin 1930.
- Morin, G. Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, 2 Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Paris 1950, S. 8.
- Nabors, E. The Shortcomings of the Louisiana Trust Estates Act and some of the Problems of Drafting Trust Instruments Thereunder, 13 Tulane L. Rev., New Orleans 1939, S. 178.
- Nachod, W. Treuhänder und Treuhandgesellschaft in Grossbritannien, Amerika und Deutschland, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Tübingen 1926.
- Nussbaum, A. Darstellung des Internationalen Privatrechts, Tübingen 1932.
- derselbe Principles of Private International Law, New York-London-Toronto 1943.
- derselbe Sociological and Comparative Aspects of the Trust, 38 Columbia L. Rev., New York 1938, S. 408.

- O'Neal The Universality of a Curse: Future Interests in the French Law, 3 Louisiana L. Rev., Baton Rouge 1941, S. 795.
- O'Quin Our Trust Estates and Their Limitations, 22 Tulane L. Rev., New Orleans 1948, S. 585.
- Palandt, O. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. München/Berlin 1951.
- Paravicin
Töndury, J. Die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung, Dissertation, Zürich 1912.
- Pasquel, R. La propriété dans le trust, Mexico 1951.
- derselbe Report of Third Conference of Inter-American Bar Association, Mexico 1944.
- Patton, R. Future of Trusts Legislation in Latin America, 20 Tulane L. Rev., New Orleans 1946, S. 542.
- derselbe Trust Systems in the Western Hemisphere, 19 Tulane L. Rev., New Orleans 1945, S. 398.
- Planiol, M. Traité pratique de droit international privé, 3^e éd., Paris 1905.
- Pollock, F. The History of English Law before the Time of u. Maitland, F. Edward I, 2nd ed., Cambridge 1911.
- Pound, R. The Spirit of the Common Law, Concord 1921.
- Raape, L. Internationales Privatrecht, Berlin/Frankfurt 1950.
- Rabasa, O. El Derecho Anglo-Americano, Mexico 1944.
- Rabel, J. Das Problem der Qualifikation, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 5. Jahrgang, Bd. 3.
- derselbe The Conflict of Laws (A Comparative Study), Chicago 1945.
- Reymond, C. Le trust et le droit suisse, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1954, S. 119a.
- Rhode, H. Juristische Person und Treuhand, Berlin 1932.
- Ripert, G. u. 2 Traité élémentaire de droit civil de Marcel Boulanger, J. Planiol, Paris 1949, S. 228.
- Roth, H. Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust-company, Marburg in Hessen 1928.

- Savatier, R. Dalloz Jurisprudence II, Paris 1928, S. 121.
- derselbe Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris 1952.
- Schmidt, R. Die Affatomie der Lex Salica, München 1891.
- Schnitzer, A. Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 1958.
- derselbe Vergleichende Rechtslehre, 2. Aufl., Basel 1961.
- Schöny, A. Treuhandgeschäfte, Archiv für bürgerliches Recht, XXXV, Berlin 1910.
- Schultze, A. Die langobardische Treuhand und ihre Umgestaltung zur Testamentsvollstreckung, O. Gierke's Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 49, Breslau 1895.
- derselbe Der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 43, Jena 1901.
- Schwarz-Liebermann v. Wahlen-dorf, H. Vormundschaft und Treuhand des römischen und englischen Privatrechts in Anwendbarkeit auf völkerrechtlicher Ebene, Tübingen 1951.
- Schwarzkopf, B. Treuhand als Gesetzgebungsproblem, Leipzig/Linz, a.D., 1930.
- Schwenk, E. Highlights of a Comparative Study of the Common Law and Civil Law Systems, 33 North Carolina L. Rev., Chapel Hill 1955, S. 382.
- Scott, A. Fifty Years of Trusts, 50 Harvard L. Rev., Cambridge 1936, S. 60.
- derselbe Select Cases and other Authorities on the Law of Trusts, Langden Hall, Cambridge 1919.
- derselbe The Nature of the Rights of the cestui que trust, 17 Columbia Law Rev., New York 1917, S. 269.
- derselbe The Restatement of the Law of Trusts, 31 Columbia L. Rev., New York 1931, S. 1266.
- Sheridan, L. English and Irish Secret Trusts, The Law Quarterly Rev., London 1951, S. 314.

- Siebert, W. Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg in Hessen 1933.
- Simes, L. Fifty Years of Future Interests, 50 Harvard L. Rev., Cambridge 1937, S. 749.
- Smith, M. Problems of Roman Legal History, 4 Columbia L. Rev., New York 1904, S. 525.
- Söldner, L. Die Behandlung des Anglo-Amerikanischen Trust im internationalen Privatrecht, Dissertation, München 1954.
- Sohm, R. The Institutes, A. Textbook of the History and System of Roman Private Law, translated by J. Ledlie, 2nd ed., London 1901.
- Stephenson G. The American System of Trust Business, New York 1936.
- derselbe Trust Business in Common Law Countries, New York 1940.
- Stobbe, L. Über die Salmannen, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Weimar 1868, S. 405.
- Stone, F. Trusts in Louisiana, International Comparative Law Quarterly, London 1952, S. 368.
- Stone, H. The Nature of the Rights of the cestui que trust, 17 Columbia L. Rev., New York 1917, S. 467.
- Story, J. Commentaries on the Conflict of Laws, 8th ed., Boston 1883.
- Underhill, A. The Law Relating to Private Trusts and Trustees, 8th ed., London 1932.
- Vilella, L. The Problems of Trust Legislation in Civil Law Jurisdictions; The Law of Trusts in Puerto Rico, 19 Tulane L. Rev., New Orleans 1945, S. 374.
- Weiser, F. Trusts on the Continent of Europe, London 1936.
- Westlake, J. Private International Law, 7th ed., Oxford 1925.
- Wharton, F. Conflict of Laws, Rochester 1905, 3rd ed.
- Wigmore, J. A Panorama of the World's Legal Systems, Washington D.C. 1936.

- Winckler, H. Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses?, D.J.Z., Berlin 1931.
- Wisdom, J. A Trust Code in the Civil Law Based on the Restatement and Uniform Acts: The Louisiana Trust Estates Act, 13 Tulane L. Rev., New Orleans 1938, S. 70.
- Wolff, M. Das internationale Privatrecht Deutschlands, 2. Aufl. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949.
- derselbe Sachenrecht, 9. Aufl., Marburg 1932.
- Würdinger, H. The German Trust, The Journal of Comparative Legislation and International Law, London 1951, S. 31.
- Yntema, H. Autonomy in Choice of Law, The American Journal of Comparative Law, Baltimore 1952, S. 356.
- derselbe Roman Law and Its Influence on Western Civilization, 35 Cornell L. Quarterly, Ithaca 1949, S. 78.
- Zimmermann, H. Die sachenrechtlichen Beziehungen in der rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand nach englisch-amerikanischem Recht, Leipzig 1930.
- Zitelmann, E. Internationales Privatrecht, Leipzig 1897-1912.

L e b e n s l a u f

Am 8. Oktober 1930 wurde ich in Grosse Pointe, Michigan, U.S.A., als Sohn des Maschinenbauers Archibald Allen und dessen Ehefrau Violet, geborene Brown, geboren. Ich bin amerikanischer Staatsangehöriger.

Nach vierjährigem Besuch der Mairie Volksschule, kam ich 1941 auf die Oberschule in Grosse Pointe, die ich im Juni 1948 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Vom Wintersemester 1948 an, studierte ich vier Jahre Volkswirtschaft, Staatswissenschaft und amerikanisch-europäische Geschichte am Albion College in Albion, Michigan. 1952 erwarb ich den akademischen Grad eines Bachelor of Arts.

Danach besuchte ich weitere drei Jahre die juristische Fakultät der Wayne University, Detroit, Michigan, wo ich 1955 die Prüfung als Bachelor of Law bestand. 1955 legte ich vor der Michigan Bar Association die grosse juristische Staatsprüfung ab, womit die Zulassung als Rechtsanwalt verbunden ist.

Nach einer neunmonatigen Tätigkeit bei einem Grossunternehmen der Automobilbranche liess ich mich am 15. April 1956 als selbständiger Rechtsanwalt nieder.

Seit Ende 1956 setzte ich mein Studium in Europa fort. Ich belegte sechs Semester Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Seitdem bin ich mit der Abfassung meiner Dissertation beschäftigt.

